

**Escola de Direito
Universidade Católica Portuguesa – Porto**



“HOMICÍDIO DO PAI TIRANO” CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS

Sílvia Cascão Ferreira

Porto
Junho 2015

**Escola de Direito
Universidade Católica Portuguesa – Porto**

**“HOMICÍDIO DO PAI TIRANO”
CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS**

Sílvia Cascão Ferreira

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal apresentada na Escola de Direito da
Universidade Católica do Porto sob a orientação da Professora Doutora
Maria da Conceição Cunha

Porto
Junho 2015

*Dedicado aos meus pais,
por me darem asas para voar sempre mais alto.*

Agradecimentos

À Prof. Dra. Maria da Conceição Cunha, pela atenção e ajuda preciosas, pelas ideias sábias e inspiradoras que me transmitiu, sem as quais esta dissertação não seria possível. Bem-haja!

Aos meus pais, Mário de Sousa Ferreira e Maria Albina Ferreira, minha maior riqueza, a minha eterna gratidão pois a eles devo tudo o que sou.

Ao Joel Mateus, por todo o amor, paciência e compreensão.

À família e aos amigos que, mais perto ou mais longe, sei que a torcem sempre por mim.

Índice

Abreviaturas e Siglas.....	4
Introdução.....	5
Capítulo I – Legítima defesa.....	7
1. Jurisprudência: Ac. do STJ de 9/05/1990	7
2. A legítima defesa.....	9
2.1. Natureza jurídica	9
2.2. Fundamento jurídico.....	9
2.3. Noção e elementos constitutivos	11
3. A atualidade da agressão.....	13
3.1. Início da agressão	13
4. Legítima defesa “preventiva”	15
4.1. Gênese doutrinária	15
4.2. Natureza jurídica	17
4.3. Pressupostos específicos.....	18
5. Apreciação jurisprudencial crítica.....	19
Capítulo II – A conduta homicida.....	24
1. Jurisprudência: Ac. do STJ de 7/05/2009	24
2. Os crimes de homicídio no CP português.....	26
3. Homicídio privilegiado	27
3.1. Fontes	27
3.2. Natureza jurídica	27
3.3. Fundamento do privilegiamento	28
3.3.1. A conceção de culpa	30
a) Figueiredo Dias e o Homem normalmente “fiel ao Direito”	32
b) Taipa de Carvalho e a “socialização primária”	32
c) Fernanda Palma e a “subjectivização da culpa”	33
3.4. Cláusulas privilegiadoras típicas	34
3.4.1. Compreensível emoção violenta	34
3.4.2. Desespero	37
3.4.3. Distinção entre compreensível emoção violenta e desespero	39
4. Apreciação jurisprudencial crítica.....	39
Conclusões.....	46

Bibliografia	48
Web-bibliografia.....	53
Jurisprudência	54
Anexos	55
1. Acórdão do STJ de 9/05/1990	55
2. Acórdão do STJ de 7/05/2009	65

Abreviaturas e Siglas

Ac.	Acórdão
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Al./als.	Alínea/alíneas
Art./arts.	Artigo/artigos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Cf.	Conferir
Coord.	Coordenadores
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
Esp.	Em especial
Fasc.	Fascículo
MP	Ministério Público
N.º/n.ºs	Número/Números
Org.	Organizador(es); compilador(es)
P. e p.	Previsto e punido
P.	Processo n.º
P./pp.	Página/páginas
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora

A jurisprudência citada cuja fonte não é expressamente mencionada encontra-se disponível em www.dgsi.pt.

Introdução

No ano de 2014, ocorreram 48 crimes de homicídio em contexto de violência doméstica, entre os quais 23 dos incidentes tinham na sua base um relacionamento conjugal e 9 um relacionamento ex-conjugal entre vítima e homicida¹. As vítimas primordiais destes homicídios foram mulheres, contabilizando-se um total de 40 femicídios consumados e 46 tentados².

O tema proposto para a nossa dissertação não pretende ser tendencial, todavia, “o homicídio do pai tirano” reflete as situações paradigmáticas de violência em contexto familiar, que os números *supra* apresentados elucidam: a violência exercida pelos homens, *tiranos* domésticos, contra as “suas” mulheres, a qual tem sempre efeitos nefastos não só para as vítimas diretas – as próprias mulheres – como também para as “vítimas indiretas” – outros membros da família.

Embora não pretendamos deter-nos sobre o tópico do crime de violência doméstica, a nossa escolha foi, sem dúvida, influenciada pelo desencadeamento de acontecimentos mais graves a que esta pode conduzir, designadamente, a prática de crimes que resultam no aniquilamento da vida humana, bem jurídico máximo, constitucionalmente tutelado, preceituando o art. 24º, n.º 1 da CRP que “a vida humana é inviolável”.

Na esfera da violência doméstica as situações extremas a que esta pode conduzir concretizam-se, como se disse, na prática de crimes de homicídio. Estes podem materializar-se, por um lado, no homicídio perpetrado pelo agressor, cuja vítima é a pessoa que sofre os maus tratos, seja em circunstâncias em que a violência das agressões sofridas é de tal forma intensa que são a causa da morte, seja em consequência da decisão da vítima em terminar a relação conjugal ou análoga, o que não é aceite pelo cônjuge/companheiro.

¹ Dados retirados do Observatório de Crimes de Homicídio – Relatório de 2014, disponível no *site* da APAV – Estatísticas: http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Relatorio_OCH_2014.pdf, p. 8.

² Dados recolhidos do Observatório Preliminar do Observatório das Mulheres Assassinadas – UMAR, disponível no *site* do Sistema Integrado de Informação e Conhecimento: <http://www.cig.gov.pt/siic/wp-content/uploads/2015/01/Oma-10-Dez-2014.pdf> .

Por outro lado, observam-se os crimes de homicídios perpetrados pela vítima dos maus tratos sobre o seu agressor, os quais sucedem quando aquela atingiu já um nível insuportável de agressões e, saturada pelas mesmas, reage tão intensamente por ser a única forma de proteção e salvaguarda da sua vida ou integridade física. No contexto desta segunda espécie de homicídios, podemos incluir aqueles que são praticados contra o agressor, não pela vítima das agressões, mas sim por alguém cuja relação de proximidade existencial conduz a que seja considerada uma “vítima indireta” de todo este ambiente de violência. Referimo-nos concretamente a filhos do casal e pais da agredida, que, num ato de socorro e defesa do seu ente querido, praticam o crime num estado de saturação emocional que os domina.

O presente excuro incidirá sobre os últimos cenários enunciados pelo que nos dedicaremos ao seu tratamento jurídico-penal. Para tal propósito recorreremos ao método indutivo, partindo de casos concretos da nossa jurisprudência, para daí equacionar as questões mais pertinentes ao nosso estudo, procurando oferecer uma apreciação crítica e fundamentada sobre as mesmas.

Assim, no Capítulo I, debruçar-nos-emos sobre a figura da legítima defesa, mais concretamente sobre o requisito da atualidade da agressão, com o objetivo de indagar a viabilidade de uma *legítima defesa “preventiva”*.

No Capítulo II, discorreremos sobre o crime de *homicídio privilegiado*: a construção dogmática do tipo, a conceção de culpa subjacente e os termos da punição.

No final, apresentaremos as nossas conclusões.

Sem qualquer intenção de esgotar o tema, pretendemos dar um contributo para a reflexão sobre a problemática da violência de género, matéria de grande sensibilidade e que se assume como uma questão pública, carecendo de intervenção expedita a nível político, institucional e social.

Capítulo I – Legítima defesa

1. Jurisprudência: Ac. do STJ de 9/05/1990

O Ac. do STJ de 9/5/1990³ versa sobre o caso de um filho que mata o pai num momento em que este revela um comportamento de ameaça de agressão, atentando ao cotidiano da família a que ambos pertencem.

Com efeito, “desde a mais tenra idade” do arguido, à data dos factos com 22 anos, vinha o seu pai “– que se embriagava com muita frequência – batendo indiscriminadamente e com violência na mulher e em todos os filhos [mais três para além do arguido, com idades compreendidas entre os 6 e os 20 anos], com grande frequência e violência”. Inclusive, teve o arguido, por várias vezes, de ser hospitalizado em razão das agressões sofridas. Por ser possuidor de tais modos irascíveis, o pai criou na sua família um forte estado de “saturação psicológica” e era classificado pela mesma e pelos vizinhos de “verdadeiro terror”.

Na data dos factos, ainda durante o dia, o arguido e um seu irmão, por ordem do pai, executavam trabalhos agrícolas. Horas depois, este deslocou-se ao local e, “a pretexto de que o serviço não estaria a ser feito como desejava, logo ali agrediu um e outro a pontapé”, estando o arguido com os movimentos limitados pela máquina que trazia às costas.

À noite, o pai chegou a casa e, desde as escadas de acesso à porta de entrada, ordenou, vociferando, que filhos e esposa se apresentassem perante ele, “o que levou uns e outros a pensar que mais uma vez iriam ser agredidos”. Estes recusaram-se a sair e o arguido, abeirando-se da porta, distinguiu o vulto do pai com um pau de sobreiro na mão.

Nesse instante, porque os movimentos do pai fizeram supor que se aproximaria deles, o arguido entrou em casa, apossou-se de uma arma, carregou-a e regressou com ela para junto da porta. Em virtude dos gritos e ordens que o pai continuava a bradar no exterior, o arguido, “psicologicamente saturado” e “desesperado”, apontou a arma contra o vulto do pai e disparou um tiro que o atingiu mortalmente.

³ P. 40839, Relator: Ferreira Dias, in BMJ, n.º 397, Julho, 1990, 156-164.

O arguido, acusado pela prática de um crime de homicídio simples, p. e p. pelo art. 131º do CP⁴, foi condenado como autor material de um crime de homicídio privilegiado, p. e p. pelo art. 133º, na pena de dois anos e meio de prisão, suspensa na sua execução pelo período de quatro anos. Desta decisão recorreu o MP para impugnar, não a qualificação jurídico-penal e a pena aplicada, mas antes a aplicação da pena de substituição da pena de prisão, por entender que com a mesma não se encontram satisfeitas “as necessidades de reprobção e prevenção de futuros crimes”.

O STJ decidiu, afinal, dar provimento ao recurso, confirmando a argumentação do recorrente e sentenciando que o crime de parricídio, pela sua maior gravidade em relação ao homicídio vulgar, deve ser censurado com uma certa austeridade pela lei penal, a qual não se compadece com a indulgência do regime da suspensão de execução de pena.

A matéria de facto do presente Aresto serve de alicerce para questionar a idoneidade de um hipotético regime de legítima defesa “preventiva”, ou seja, não obstante a agressão em causa poder não ser considerada atual, ela é considerada totalmente previsível. Neste campo, questiona-se, portanto, a viabilidade de uma interpretação mais ampla do conceito de atualidade de agressão.

⁴ Doravante, os artigos mencionados sem indicação do diploma tenham-se por referidos ao Código Penal vigente.

2. A legítima defesa

2.1. Natureza jurídica

O instituto da legítima defesa em matéria penal é uma manifestação do “Direito de resistência” previsto no art. 21º da CRP, o qual dispõe que “Todos têm o direito de (...) de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

Esta figura insere-se na disciplina relativa aos tipos justificadores ou **causas de justificação** de condutas ilícitas penalmente relevantes, atuando como causa de exclusão da ilicitude, o que torna, por isso, o facto não punível⁵.

Este instrumento jurídico mantém uma *relação de complementaridade material e funcional* com os tipos incriminadores ou tipos legais na aferição sobre a ilicitude de determinado comportamento. Quer dizer: o juízo de ilicitude sobre um facto concreto é a síntese ou resultado da verificação do tipo legal e da inexistência de uma causa de justificação⁶, assumindo esta um carácter de limitação (“negativa”) daquele⁷. Como tal, a índole ilícita de uma ação típica pode ser arredada quando esta for praticada num contexto fáctico a que a lei atribui eficácia justificativa⁸.

2.2. Fundamento jurídico

A *ratio* da legítima defesa residia tradicionalmente numa “*conceção absoluta* do direito individual de defesa contra qualquer agressão ilícita”⁹, com total irrelevância das circunstâncias concretas em que era exercido, prevalecendo a máxima de que “o Direito não deve *em caso algum* ceder perante o ilícito”¹⁰.

Porém, não obstante ser pacífico entre os Autores o reconhecimento de que tal axioma deve ser objeto de limitações, a doutrina não é de todo unânime no que concerne à delimitação da *ratio* do direito de legítima defesa.

⁵ Cf. Art. 31º, nº 1.

⁶ TAIPA CARVALHO (2014:331).

⁷ FIGUEIREDO DIAS (2007:269).

⁸ TAIPA CARVALHO (2014:331).

⁹ *Ibidem*, 348. Itálico do Autor.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS (2007:407).

Segundo FIGUEIREDO DIAS¹¹, os dois fundamentos aqui em causa são, por um lado, a *necessidade de defesa da ordem jurídica*, o que justifica que a mesma não seja limitada por uma ideia de proporcionalidade, e, por outro, a *necessidade de proteção dos bens jurídicos* ameaçados pela agressão. Para o Autor, estes dois fundamentos ligam-se e interpenetram-se através da ideia “de que na legítima defesa se trata em último termo de uma **preservação do Direito na pessoa do agredido**”, desde que haja, efetivamente, um bem jurídico que necessite de proteção.

Diversamente, TAIPA DE CARVALHO¹² sustenta que o direito de legítima defesa se fundamenta no *princípio da autoproteção individual*, que se reconduz “ao direito natural que assiste a cada um de impedir as agressões contra si dirigidas”, e no *princípio da prevenção geral e especial ético-juridicamente fundamentada*, o qual se dirige “à necessidade individual e social de advertência do potenciais agressores (prevenção geral) e do atual agressor (prevenção especial) de que estão sujeitos às consequências resultantes da ação de defesa que for necessária para impedir a agressão ou a continuação desta”. Assim, defende o Autor que o que justifica o direito de defesa é a “**defesa do bem jurídico concreto**” – tendo em conta a situação concreta – e não a defesa da ordem jurídica “como se esta constituísse um valor absoluto, cuja preservação se impusesse com um imperativo categórico ou abstrato”. Para além disso, o Autor afirma a não exigência da proporcionalidade entre bens em conflito como característica essencial da legítima defesa, distinguindo-a do direito de necessidade defensivo¹³.

¹¹ *Ibidem*, 405.

¹² TAIPA DE CARVALHO (2014:354 ss.).

¹³ No entanto, com a entrada em vigor do DL n.º 457/99, de 5 de Novembro, cujo objeto é o *recurso às armas de fogo pelas autoridades policiais*, TAIPA DE CARVALHO vem a admitir a exigência de uma certa proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos na legítima defesa, não só no âmbito de atuação das forças policiais, mas também no âmbito da atuação privada. A primeira resulta explicitamente da conjugação do art. 3º, n.º 1, al. a), e n.º 2, al. a) do referido DL, disposições legais que determinam que não há justificação quando, ainda que cumprido o pressuposto da necessidade do meio, a ação de defesa lesar ou constituir risco sério de lesar a vida ou de causar lesão corporal grave no agressor e o bem jurídico objeto da agressão não for a vida ou a integridade física do polícia ou de terceiros. A segunda decorre: do princípio da subsidiariedade da legítima defesa privada face à legítima defesa pelas forças policiais, imposto pelos arts. 272º, n.º 1, parte final, e 21º, 2ª parte, da CRP; da contradição que resulta permitir ao particular (cujo direito de legítima defesa apenas pode ser exercido a título subsidiário) mais do que é permitido à polícia (que exerce esse direito a título principal) em virtude do estipulado no DL n.º 457/99; e da diferenciação entre estas atuações se estipular unicamente ao nível do requisito da necessidade do meio de defesa. Para

Por fim, numa posição quase oposta das anteriores, apresenta-se a tese de FERNANDA PALMA¹⁴, na qual propugna que a legítima defesa é um problema de delimitação de direitos, concretizado na resolução de situações de *conflitos de direitos*, em que devem ser cumpridos os princípios da “*insuportabilidade* da agressão a um núcleo de bens essenciais em que se manifesta a dignidade da pessoa humana” e da “*igualdade* na proteção dos sujeitos jurídicos”. As características essenciais desta perspetiva são, assim, a exigência de uma *proporcionalidade qualitativa* entre os bens lesados e os bens que se procura preservar e a recusa de uma legítima defesa ilimitada.

Por nossa parte, propendemos para o pensamento de TAIPA DE CARVALHO, pois, tal como ensina o Autor, posto que “a *ratio* funcional (objetivo ou fim) da legítima defesa é a defesa de bens jurídicos contra agressões ilícitas”, visando “impedir agressões à autonomia pessoal e aos respetivos bens jurídicos do agredido”, “a realização desta função de defesa dos bens jurídicos individuais passa pela advertência aos potenciais agressores de que a tentativa de concretização da agressão pode ter, por parte do agredido, uma reação defensiva que pode ir tão longe quanto o que, na situação concreta, for necessário para impedir ou fazer cessar a agressão ilícita”¹⁵.

2.3. Noção e elementos constitutivos

A figura em estudo encontra-se jurídico-penalmente consagrado no **art. 32º**, o qual dispõe que “[C]onstitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro”.

Da noção transcrita retiram-se os **elementos objetivos** constitutivos da legítima defesa, tanto do ato que a desencadeia, como do ato de defesa, cuja inobservância obsta ao seu preenchimento e, por conseguinte, à exclusão da ilicitude do facto.

Deste modo, relativamente ao primeiro ato, deve verificar-se uma **agressão**, identificando-a como uma “ameaça derivada de um comportamento humano a um bem

maiores desenvolvimentos, *vide ibidem*, 379-397; e, igualmente no sentido da proporcionalidade qualitativa, FERNANDA PALMA I (1990:522-534). Em posição diversa e crítica, FIGUEIREDO DIAS (2007:431-434, esp., notas 74 e 75).

¹⁴ FERNANDA PALMA I (1990:13 e 253 e ss.).

¹⁵ TAIPA CARVALHO (1995:432). Evidencia o Autor, nestes contornos, o cumprimento das funções de prevenção geral negativa e positiva da disposição legal em apreço.

juridicamente protegido”¹⁶, conduta humana esta que pode ser ativa ou passiva, mas necessariamente voluntária¹⁷.

A agressão deve ainda ser **atual**, pelo que “é *iminente*, já *se iniciou* ou ainda *persiste*”¹⁸, e **ilícita**, qualidade que é aferida “à luz da totalidade da ordem jurídica”¹⁹, reconhecendo-se a legítima defesa contra agressões que configurem quer um tipo de ilícito penal, quer um ilícito contraordenacional, quer um ilícito civil. Tendo natureza penal, são abrangidas quer as agressões dolosas, quer negligentes²⁰.

Por seu turno, o ato de **defesa** deve destinar-se a salvaguardar **bens juridicamente protegidos**, incluindo-se quer bens jurídicos individuais (v.g., direitos de personalidade e direitos reais, catalogados jurídico-civilmente como direitos absolutos), quer bens jurídicos supra-individuais (bens jurídicos de fruição individual tutelados pelo Estado)²¹.

O defendente deve atuar através de um **meio necessário para repelir a agressão**, qualificando-se como tal o “meio **idóneo** para deter a agressão e, caso sejam vários os meios adequados de resposta, ele for o **menos gravoso** para o agressor”²². O juízo de necessidade reporta-se ao momento da agressão, tem natureza *ex ante* e é nele que deve ser avaliada objetivamente toda a dinâmica do acontecimento concreto²³.

Quanto ao **elemento subjetivo** da ação de defesa reconhece a doutrina dominante que basta o **elemento subjetivo comum** a qualquer causa de justificação, ou seja, o conhecimento pelo defendente da situação objetiva justificante²⁴. Deste modo, não se exige na legítima defesa um *elemento subjetivo específico*, um “*animus defendendi*”, traduzido na exigência de que o agente atue com a intenção e vontade de defesa dos bens

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS (2007:408).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, 411. Itálico do Autor.

¹⁹ *Ibidem*, 414. No mesmo sentido, TAIPA CARVALHO (2014:363), e TAIPA CARVALHO (1995:391). Cf. Art. 31º, nº 1.

²⁰ FIGUEIREDO DIAS (2007:416-417); e PINTO ALBUQUERQUE (2010-32º:172). Contra, apenas admitindo agressões dolosas, TAIPA CARVALHO (2014:179-180), e TAIPA CARVALHO (1995:394-395).

²¹ FIGUEIREDO DIAS (2007:410). No mesmo sentido, TAIPA CARVALHO (2014:364-365), e TAIPA CARVALHO (1995:475 e ss.).

²² FIGUEIREDO DIAS (2007:419).

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cf. TAIPA CARVALHO (2014:152); FIGUEIREDO DIAS (2007:433); e PINTO ALBUQUERQUE (2010-32º:178).

jurídicos ameaçados pela agressão²⁵. Refira-se que a ausência daquela exigência subjetiva, não obstante impedir a justificação, não implica que o defendente tenha cometido um tipo de ilícito consumado, uma vez que, embora não haja desvalor de resultado, há desvalor de ação, reconduzindo-se neste sede para o regime da tentativa²⁶.

3. A atualidade da agressão

Enunciados os requisitos da legítima defesa, debruçemo-nos de forma mais minuciosa sobre a questão levantada a propósito do caso concreto sugerido. Recorde-se: a viabilidade de uma interpretação mais ampla do conceito de atualidade, admitindo, desde logo, a sua aplicação em situações cuja agressão não se iniciou, mas é previsível.

A determinação da atualidade da agressão é indispensável para restringir a aplicação da figura em estudo, não abrangendo, assim, as agressões meramente futuras, através de uma defesa antecipada, nem as agressões passadas, numa defesa instigada por uma pura *vindicta* privada.

3.1. Início da agressão

A indagação acerca da fixação da atualidade da agressão – se no início da sua execução ou anteriormente – tem sido objeto de discussão doutrinal sobretudo pelo facto de a formulação do nosso CP ter substituído a expressão “agressão em execução ou iminente”, constante do art. 46º, nº 1 do CP de 1886, pela expressão “agressão atual”.

²⁵ No entanto, a jurisprudência recorrentemente exige esta vontade de defesa. Assim, v.g., o Ac. do STJ de 27/11/2013: “V - O elemento ou requisito essencial da legítima defesa é a ocorrência de *animus defendendi*, ou seja, a vontade ou intenção de defesa, muito embora com essa vontade possam convergir outras razões.”; o Ac. do STJ de 12/6/2008: “XIX - Sem previsão na lei, a legítima defesa não dispensa (...) do *animus defendendi*, requisitos não enunciados no CP de 82, em contrário da versão de 1886, mas de que a jurisprudência não abdica.”; e o Ac. do STJ de 28/5/1997: “I - Não é configurável como de legítima defesa, a situação a que falte algum dos seguintes requisitos: a) agressão atual, o que implica a sua iminência ou início e respetiva ilicitude ou seja não provocação pelo agente; b) existência de *animus defendendi*; c) impossibilidade de recurso à força pública; d) necessidade racional do meio empregado.”.

²⁶ Aplicação por analogia com o art. 38º, n.º 4, FIGUEIREDO DIAS (2007:394); por aplicação direta, como tentativa impossível, TAIPA CARVALHO (2014:153).

No entendimento de FIGUEIREDO DIAS, a atualidade da agressão afere-se pela sua **iminência**, sendo que “a agressão é iminente quando o bem jurídico se encontra já imediatamente ameaçado”²⁷.

Outros Autores adotam como critério de determinação da atualidade da agressão ilícita a coincidência entre esta e a definição de **atos de execução**, prevista na al. c), do nº 2, do art. 22º do CP, relativa ao regime da tentativa²⁸. Deste modo, o ato de agressão ilícita é atual quando, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, for de natureza a fazer esperar que se lhe sigam atos que preencham um elemento constitutivo de um tipo de crime ou atos idôneos a produzir o resultado típico²⁹. No entanto, os mesmos Autores ressaltam que tal equiparação necessita de ser feita segundo uma coincidência sistemática em sentido amplo, ou seja, desde que respeitadas as especificidades de cada regime, ao nível da sua *ratio* e dos bens/interesses jurídicos que pretendem proteger³⁰.

Por nossa parte, comungamos da opinião que assume a **equiparação do início da atualidade da agressão ao início da tentativa**, acompanhando de perto a argumentação de TAIPA DE CARVALHO. Se, ao nível da tentativa, na mencionada al. c), do nº 2, do art. 22º do CP, o legislador “procedeu a um alargamento, posto que limitado, do conceito e do âmbito temporal dos atos de execução”, reconhecendo-se como tal não só os atos tipificados e os atos idôneos à produção do resultado (als. a) e b) do mesmo preceito legal), mas também os atos “que, apesar de em si não serem adequados a produzir o resultado, todavia a experiência comum indique que a eles se seguirá, imediatamente, a prática dos atos idôneos a produzir o resultado”, não nos repugna que igualmente, ao nível da legítima defesa, se considere atual “a agressão que, embora em si mesma não seja idónea a lesar o bem jurídico e nem sequer constitua um começo de execução dessa lesão, todavia *é de esperar, segundo a experiência normal, que a tal conduta se seguirá, imediatamente, a prática de atos, efetiva ou objetivamente, suscetíveis de lesar o interesse jurídico suscetível de legítima defesa*”³¹. Porém, entendemos que este preceito deve ser interpretado com cuidado, tendo sempre em atenção o caso concreto, sob pena

²⁷ FIGUEIREDO DIAS (2007:411).

²⁸ Cf. TAIPA CARVALHO (1995:270-271); e FERNANDA PALMA I (1990:304 e ss.).

²⁹ Cf. Art. 22º, nº 2 do CP, esp., al. c).

³⁰ Cf. EDUARDO CORREIA II (1963:43); TAIPA CARVALHO (1995:270-271); e FERNANDA PALMA I (1990:331, nota 48).

³¹ TAIPA CARVALHO (1995:271-272). Itálico nosso.

de incluir na figura da legítima defesa propriamente dita atos que ainda não deverão ser considerados atuais.

4. Legítima defesa “preventiva”

Determinado o critério para estabelecer o início da atualidade da agressão ilícita para efeitos de legítima defesa, inscrita no art. 32º, cabe indagar sobre a admissibilidade de, em determinados e específicos contextos, arguir aquilo que, doravante, designaremos como uma *legítima defesa “preventiva”*, com base numa apreciação mais ampla deste requisito.

4.1. Génese doutrinária

A figura da defesa preventiva surgiu da necessidade de dar resposta às “situações em que, não obstante a agressão não ser ainda sequer iminente, já se sabe antecipadamente, com certeza ou com um elevado grau de segurança, que ela vai ter lugar”³².

Neste sentido, construiu-se na doutrina alemã a chamada **“teoria da defesa mais eficaz”**³³, cujo objetivo é o da antecipação do início da atualidade da agressão a um momento anterior ao da iminência da agressão. A sua racionalidade reside na ideia de que a protelação da ação de defesa para o momento em que a agressão seja iminente torna-a impossível ou, sendo possível, menos eficaz ou leva a um endurecimento dos meios. De acordo com esta teoria, “o início da atualidade da agressão é definido e coincide com a *última chance de uma eficaz defesa*”³⁴, sendo que “a ação de agressão não precisa de ter atingido o estágio da tentativa. Decisivo é, sim, ver se o adiar [a ação de defesa] pioraria consideravelmente as suas chances de defesa”³⁵.

Porém, as doutrinas alemã³⁶ e portuguesa dominantes refutam a teoria exposta. Na verdade, os Autores nacionais censuram o conceito de atualidade aqui assumido e o

³² FIGUEIREDO DIAS (2007:412).

³³ SUPPERT *apud ibidem*, 412; e TAIPA CARVALHO (1995:277, nota 473).

³⁴ TAIPA CARVALHO (1995:277, nota 473). Itálico do Autor.

³⁵ SAMSON *apud ibidem*.

³⁶ ROXIN, JESCHECK, LENCKNER, JAKOBS *apud ibidem*, 278, nota 476.

desrespeito pela exigência de ilicitude da agressão, críticas que desenvolveremos de seguida.

No entanto, antes de prosseguirmos para o nosso entendimento sobre a admissibilidade e os pressupostos de uma defesa preventiva, mostra-se conveniente fazer duas observações.

A primeira é que, similarmente à doutrina portuguesa, não é esta conceção de defesa preventiva exposta que propugnamos, partilhando das críticas apontadas pelos Autores nacionais.

A segunda refere-se ao facto de serem referidos como sinónimos pela doutrina duas figuras que nos parecem distintas, ou que, pelo menos, na nossa perceção, têm um alcance distinto. Com efeito, a doutrina, desde os primórdios da discussão no que concerne à problemática em causa, iguala a “teoria da defesa mais eficaz” com a *legítima defesa preventiva*³⁷, conjugando em ambas as mesmas finalidades já referidas.

Contudo, a nosso ver, entendemos que a primeira, pela magnitude da sua abrangência, serve de justificação às designadas defesas antecipadas, no sentido de reação a agressões futuras, mas sobre as quais não é possível fazer um juízo de certeza da sua ocorrência; enquanto a segunda se refere a situações afins àquela que apresentamos, em que a defesa é prévia perante agressões já previsíveis com elevado grau de probabilidade, configurando uma estrutura muito mais coincidente com a legítima defesa.

Deste modo, acompanhamos as críticas tecidas por FIGUEIREDO DIAS e TAIPA DE CARVALHO à “teoria da defesa mais eficaz”³⁸.

Quanto ao desrespeito pela atualidade da agressão, esta teoria, lembre-se, assume que o início da mesma é definido e coincide com a última chance de uma eficaz defesa, não exigindo que a agressão que tenha atingido o estágio de tentativa. Pelo contrário, na legítima defesa “preventiva” por nós sugerida, o início da atualidade da agressão determina-se pelo critério anteriormente apurado, a coincidência com os atos executórios da tentativa – art. 22º, nº 2, al. c), concretizado, no entanto, de um modo mais

³⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS (2007:412): “(...) alguns autores defendem a chamada teoria da defesa mais eficaz (...) dita por vezes legítima defesa preventiva”; e TAIPA CARVALHO (1995:277 e 283), que após descrever e analisar a teoria da defesa mais eficaz, conclui que “deve ser recusada a denominada ‘legítima defesa preventiva’”.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS (2007:412); e TAIPA CARVALHO (1995:281-283).

lato, no sentido abranger situações que pelo seu contexto se coadunam com a índole previsível de certos comportamentos lesivos de bens jurídicos pessoais. Daí que, embora admitindo uma concepção mais ampla de atualidade da agressão, isto é, para além da sua estrita iminência, ela está, todavia, limitada pela lei e pela previsibilidade da agressão, não bastando para a invocar que o ameaçado reaja contra “um plano de agressão mais ou menos próxima”³⁹.

Relativamente ao desrespeito pela ilicitude da agressão, a teoria em apreço converte este elemento numa ficção, pois baseia a sua legitimidade em meros atos preparatórios – não puníveis⁴⁰ – ou expectativas de agressão, não atingindo tais atos o nível daqueles “a que se sigam, imediatamente, segundo a experiência comum, os atos idôneos a produzir o resultado”⁴¹. Contrariamente, a legítima defesa “preventiva”, à luz da figura legal que lhe serve de fundamento, exige a ilicitude da agressão, manifestada já na prática de atos executórios, por sua vez puníveis e suscetíveis de vir a produzir um resultado típico.

4.2. Natureza jurídica

O que está em causa na *legítima defesa* “preventiva” são situações objetivas de perigo de agressão próxima, certa e previsível do ponto de vista do concreto ameaçado de agressão, seguramente, mas também, observado o contexto em que se pratica, da perspetiva da experiência comum, isto é, das inferências que a comunidade retira daquela específica situação.

O surgimento desta figura poder-se-ia ligar à ideia de que consiste numa circunstância justificativa não prevista na Lei, mas que assenta num substrato já regulado pelo Direito positivo, e cuja proximidade com a causa de justificação legal que a estrutura lógico-valorativamente, não obstante as suas especificidades, permite que realize a mesma função⁴². Nesta aceção, a legítima defesa “preventiva” seria como uma causa de justificação *praeter legem* que, subordinada a requisitos mais rigorosos, visaria colmatar certas lacunas da legítima defesa positivada.

³⁹ TAIPA CARVALHO (1995:277).

⁴⁰ Cf. Art. 21º.

⁴¹ TAIPA CARVALHO (1995:282).

⁴² FERNANDA PALMA (2000a:130).

No entanto, podemos perspetivar a questão de uma forma algo diversa. Na verdade, ao interpretarmos o conceito de atualidade de modo mais abrangente (mas ainda delimitado), podemos dizer que não se trata propriamente de uma legítima defesa “preventiva”, mas de legítima defesa a partir de uma interpretação menos estrita do pressuposto da atualidade da agressão. Por certo, esta ideia harmoniza-se com a nossa visão pelo facto de entendermos que a aplicação de tal figura exige o preenchimento dos requisitos da legítima defesa *tout court*, apenas se distanciando desta na interpretação a que se submete o requisito da atualidade da agressão.

4.3. Pressupostos específicos

Para a afirmação de uma situação de legítima defesa “preventiva” (ou um conceito mais amplo de atualidade de agressão), consideramos que se mostra necessária a verificação dos pressupostos da norma positivada⁴³ – evidentemente – aos quais acrescem como requisitos particulares:

- a) A **elevada probabilidade da agressão** – esta deve ser **futura (mas próxima)**, **provável** e **verosímil**, não só do ponto de vista da experiência comum, como também – e *especialmente* – do ponto de vista do ameaçado, pois é este que melhor conhece o carácter real e previsível da agressão **no contexto** em que a mesma ocorrerá;
- b) O **conflito** entre **bens jurídico-penais estritamente pessoais** – a vida, a integridade física vital (leia-se, protegida pelo art. 144º) e liberdade (física, sexual).

Quanto a este segundo requisito, clarifiquemos o seu significado. Pretendemos assinalar que o *defendente* apenas pode prejudicar *bens jurídicos estritamente pessoais* do seu *agressor* quando sejam de *igual natureza* os *bens jurídicos atingidos* pela *agressão ilícita* do mesmo.

A exigência da essencialidade dos bens jurídicos a defender exige, parece-nos, uma clara explicação. Cremos que a admissão da legítima defesa “preventiva” apenas se coaduna com a tutela daqueles bens que impõem uma maior proteção e cuja violação origina maior desvalor e danosidade jurídico-penais. De facto, no caso de uma agressão

⁴³ Vide supra 2.3.

sobre bens jurídicos de natureza patrimonial, independentemente do valor económico em perigo, dificilmente se aceitará a ampliação do conceito de atualidade⁴⁴.

Por sua vez, a possibilidade de o deficiente atingir bens jurídicos essenciais do seu agressor justifica-se pelo desequilíbrio que, caso contrário, haveria entre as posições de agressor e deficiente, sendo a este vedado o eficaz exercício do seu direito de defesa.

5. Apreciação jurisprudencial crítica

Retomando o caso concreto apresentado, e relacionando-o com a matéria esmiuçada no presente capítulo, reavivemos a memória acerca dos factos pertinentes à questão da legítima defesa “preventiva” e, conseqüentemente, da maior amplitude do conceito de atualidade da agressão.

i. “[D]esde a mais tenra idade” do arguido (...) vinha o seu pai “– que se embriagava com muita frequência – batendo indiscriminadamente e com violência na mulher e em todos os filhos (...) com grande frequência e violência”;

ii. “[T]eve o arguido, por várias vezes, de ser hospitalizado em razão das agressões sofridas”;

iii. “[O] pai criou na sua família um forte estado de “saturação psicológica” e era classificado pela mesma e pelos vizinhos de ‘verdadeiro terror’”;

iv. “Na data dos factos, ainda durante o dia, o arguido e um seu irmão (...) executavam trabalhos agrícolas. Horas depois, [o pai] deslocou-se ao local e (...) logo ali agrediu um e outro a pontapé”;

v. “À noite, o pai (...) desde as escadas de acesso à porta de entrada, ordenou, vociferando, que filhos e esposa se apresentassem perante ele, “o que levou uns e outros a pensar que mais uma vez iriam ser agredidos”;

vi. “[O] arguido (...) distinguiu o vulto do pai com um pau de sobreiro na mão”.

Após as considerações dogmáticas desenvolvidas, cremos ser de sufragar a admissibilidade da figura de uma **legítima defesa “preventiva” em circunstâncias**

⁴⁴ Por exemplo, não se justifica que A, vendo B, conhecido delinquente da zona, a rondar o seu automóvel com um pé-de-cabra na mão, decida agredi-lo, alegando legítima defesa “preventiva” do seu património, porque, embora não atual, a agressão apresentava-se como previsível.

fáticas particulares como é exemplo o Aresto em análise e, ao mesmo nível – mas não só –, tantas outras conjunturas típicas de violência familiar, de cônjuge e filhos subjugados a maus tratos contínuos infligidos pelo *tirano doméstico*.

Com efeito, há preenchimento dos requisitos exigidos pelo regime legal positivado. A ação do pai/vítima consubstancia uma ameaça objetiva de **agressão à integridade física**, ou até à vida, da sua família, sendo, nestes termos, **ilícita**, por violadora de **bens fundamentais jurídico-penalmente protegidos**.

À aferição da **atualidade** da mesma aproveita uma **conceção mais ampla** do preceito. Na verdade, avaliado o *contexto factual específico*, ora através da “experiência comum”, em que a comunidade em geral assimila a gravidade e plausibilidade da agressão ilícita, ora do concreto indivíduo ameaçado e submetido a anteriores agressões, decerto que se afigura inteligível o **carácter certamente previsível** de uma nova ofensiva. A presença de ciclos contínuos de violência não se coaduna com a incerteza que, contrariamente, uma agressão isolada suscita. No caso concreto, a violência do quotidiano em que vivia o arguido (assim como a sua mãe e os seus irmãos), com reiteradas ofensas durante quase 20 anos, faz prever, com toda a certeza, que na sequência do chamamento bradante do pai, estando este munido de um pau de sobreiro e a uma hora avançada da noite, adviria mais um episódio de agressão física, do qual o arguido procurou defender-se como lhe foi possível⁴⁵.

Sendo todo o sujeito titular de um direito de defesa há situações de especial perigo em que não lhe é exigível que suporte o risco de ver violados bens jurídicos essenciais seus ou de terceiro, tão-só porque a agressão não é ainda estritamente atual (num determinado sentido, mais exigente), mas é de todo previsível mediante a ponderação das circunstâncias concretas. Na verdade, como afirma FERNANDA PALMA, “a rejeição de um alargamento do requisito temporal tem o importante custo de enfrentar casos de agressão não atual que parecem reclamar, intensamente a justificação”⁴⁶.

Seguindo-se um critério intersubjetivo de ponderação das situações particulares, há uma imagem de prevalência do Direito sobre o injusto e ilícito evidenciada na pessoa do ameaçado. Desta forma, alcançam-se a proteção do bem jurídico concreto e as finalidades de prevenção geral próprias da ordem jurídico-penal, uma vez que a

⁴⁵ Igualmente no sentido da presença de legítima defesa, CURADO NEVES (2001:199).

⁴⁶ FERNANDA PALMA II (1990:779), aquando da sua contra-argumentação entre aceitação e rejeição da figura em apreço.

comunidade reconhece, por um lado, que aquele sujeito exerceu legitimamente o seu direito de defesa quando mais carecia da sua tutela, e, por outro, que aquele que agiu ilícitamente (agressor) sofreu as consequências decorrentes da sua conduta.

Perante o caso *sub judice*, afloremos ainda duas hipóteses, que não iremos aprofundar, pois extravasam o objeto do nosso trabalho, mas que aqui deixamos como sugestão para ulteriores desenvolvimentos.

1) No caso concreto, poder-se-ia questionar a eventualidade de haver **excesso intensivo de legítima defesa**, isto é, uma vez considerado aplicável o regime da legítima defesa, averiguar se o meio utilizado pelo defendente era o menos gravoso possível.

Concretamente, estamos perante uma situação de ponderação entre um pau de sobreiro do agressor e uma arma de fogo do defendente. Assim, atendendo ao normal funcionamento das coisas, seria de reputar que os bens jurídicos em conflito seriam, respetivamente, a integridade física e a vida, uma vez que a arma de fogo se qualifica como um meio mais gravoso. Todavia, em nossa opinião, não nos parece que seja possível delimitar uma indubitável fronteira entre ambos, razão pela qual não se logra sopesar a seriedade de lesões que podem resultar da utilização de um ou outro meio. Concretizemos: se é certo que, por um lado, de uma agressão com um pau, usualmente associada à inflicção de ofensas corporais, pode resultar a morte, pela gravidade e intensidade das mesmas, também é certo que de um disparo pode não chegar a resultar a morte, mas sim ofensas corporais, na hipótese de o mesmo não atingir partes vitais do corpo.

Sobre esta última ideia, seria coerente opor-se o defendente não poderia ter disparado para uma zona não vital do corpo da vítima. Embora aceitando a objeção, recordamos que, no caso concreto, o defendente disparou contra um vulto, não lhe sendo possível antever o resultado preciso da sua ação.

Ainda acerca do problema do **excesso**, cremos que a sua comprovação sempre conduziria a que, nos termos do art. 33º, n.º 2, este fosse **não censurável**, em virtude do estado de afeto asténico em que o agente atuou, o que excluiria a culpa do mesmo^{47/48}.

⁴⁷ No mesmo sentido, CURADO NEVES (2001:199).

⁴⁸ Sobre esta matéria, *vide* FIGUEIREDO DIAS (2007:573-575 e 624); TAIPA CARVALHO (2014:497 e ss.), e TAIPA CARVALHO (1995:348 e ss.).

2) Poder-se-ia ainda colocar a questão de estarmos perante uma situação de **erro sobre os pressupostos objetivos da causa de justificação**, que no caso conduziria à designada “**legítima defesa putativa**”. Tal situação “existe quando o agente pensa, erroneamente, que se verificam os elementos ou pressupostos objetivos de uma causa de justificação, quando, na realidade, se não verificam (todos ou algum desses pressupostos)”⁴⁹.

Deixaremos a discussão em aberto, uma vez que a factualidade provada não permite afirmar com exatidão o conhecimento do agente sobre as circunstâncias concretas em que cometeu o crime.

Suponhamos, ainda assim, que no caso *sub judice*, o defendente atuou representando encontrar-se numa situação objetiva de legítima defesa, assumindo, incorretamente, que a agressão era iminente (seguindo uma estrita interpretação do pressuposto da atualidade) e que o meio era o necessário.

Está em causa um *erro sobre a realidade fáctica* (erro intelectual), constando a sua solução legal no art. 16º, n.º 2, ou seja, excluir-se-á o dolo do tipo de ilícito praticado, podendo, não obstante, imputar-se ao agente um ilícito negligente nos termos do n.º 3 do mesmo artigo⁵⁰.

Para concluir, torna-se oportuno apresentar outros casos da nossa jurisprudência que, pela sua similitude factual, seriam suscetíveis de um tratamento legal em consonância com os problemas analisados neste capítulo.

No Ac. do STJ de 26/11/1986⁵¹, o arguido mata o seu pai, homem colérico, que infligia maus tratos à sua mulher (mãe do arguido) na presença do filho e cujas lesões impuseram, várias vezes, tratamento hospitalar. No decorrer de mais um episódio de violência, acorrendo o arguido em socorro da mãe que estava a ser agredida, pediu ao pai para que cessasse a agressão. Este, porém, exaltado, dirigiu-se até uma gaveta onde guardava armas enquanto gritava “eu mato-vos, eu mato-vos”. Em virtude da inutilidade dos apelos à calma feitos ao pai, o arguido munuiu-se de uma arma, pertencente ao mesmo, e disparou contra ele.

⁴⁹ TAIPA CARVALHO (2014:341).

⁵⁰ No que respeita a este tópico, *vide ibidem*, 341-347; e FIGUEIREDO DIAS (2007:396-400).

⁵¹ In BMJ, n.º 361, Dezembro, 1986, 283-295.

Assim, também neste caso se reflete uma situação de legítima defesa “preventiva” em relação ao próprio agente, ou, em última instância, legítima defesa de terceiro, sobre quem a agressão permaneceu sempre atual⁵². No entanto, o tribunal na sua decisão não ponderou qualquer causa de justificação e condenou o arguido pelo crime de homicídio simples, na pena de seis anos de prisão.

O Ac. do STJ de 13/1/1989⁵³ delibera sobre um homicídio conjugal. Os factos provados relatam um casamento marcado por frequentes discussões, que culminavam, quase sempre, em agressões sobre a arguida. No irromper de uma nova disputa pela tardia chegada do marido a casa e em estado de embriaguez, este levou a arguida à força para o quarto, trancando as portas de acesso a esse compartimento, e ameaçou que a mataria ali mesmo e, mais tarde, mataria as filhas, ao mesmo tempo que puxava de uma faca de cozinha que trazia no bolso das calças. Nesse instante, a arguida munuiu-se de um machado e vibrou violentas e sucessivas pancadas na cabeça do marido, que o prostraram no chão. No entanto, este reergueu-se e agarrou a arguida pelos braços, dizendo-lhe “queres matar-me, mas quem morre és tu”, pelo que a arguida, empunhando o machado, vibrou mais pancadas na cabeça do marido.

Na presente sentença, o STJ decidiu – na nossa opinião, corretamente – absolver a arguida, concluindo pela juridicidade do comportamento por ter atuado em legítima defesa, mostrando-se ainda sensível às condições passadas e presentes da arguida na sua ponderação sobre o objeto do recurso que recaía sobre o excesso intensivo de legítima defesa⁵⁴.

⁵² Seguimos assim, CURADO NEVES (2001:197).

⁵³ In BMJ, n.º 383, Fevereiro, 1989, 248-257.

⁵⁴ O recurso assentava no facto de a arguida, durante a segunda agressão com o machado, ter passado a utilizar o lado cortante do mesmo. Comefeito, o tribunal assevera que “[É] na vivência da situação concreta, considerando o desgaste de horas de intranquilidade, a sedimentação de receios e ofensas semeados por uma vida, a fragilidade física do sexo, a contumácia do agressor em levar a termo o seu desígnio de matar, o empunhamento de uma faca, o encerramento num espaço fechado impeditivo de fuga, a embriaguez e a exaltação do agressor, as suas ameaças reiteradas de morte dirigidas não só à defendente como aos filhos, que se deve medir a necessidade do meio utilizado.”

Capítulo II – A conduta homicida

1. Jurisprudência: Ac. do STJ de 7/05/2009

Para refletir sobre o homicídio perpetrado pela vítima de agressões continuadas contra o seu agressor, analise-se um caso concreto da nossa jurisprudência⁵⁵ que elucida como tais enredos são tratados por vezes com demasiada ligeireza pelos nossos tribunais, porquanto o historial de violência sofrida no passado pela arguida não é tido como relevante para a fundamentação da condenação.

A arguida e CC casaram em Agosto de 1986. Cerca de um ano e meio após o casamento, CC manteve relações sexuais de coito anal com a arguida contra a vontade dela. Tal ato provocou humilhação e repulsa à arguida, passando esta a manifestar obsessão com a sua higiene íntima, lavando-se constantemente, sendo-lhe, mais tarde, diagnosticada neurose obsessivo-compulsiva.

Este comportamento da arguida desagradava a CC, que passou a condicionar-lhe o acesso à casa de banho e a vigiá-la sempre que ela aí se deslocava, chegando a partir o bidé e a inutilizar as respetivas torneiras para impedir a arguida de se lavar.

As discussões entre o casal eram frequentes e por várias vezes a arguida era agredida fisicamente, necessitando de receber tratamento hospitalar.

Pretendendo atenuar o sofrimento que lhe causava o comportamento de CC, a arguida passou a ingerir bebidas alcoólicas de modo descontrolado e compulsivo, sendo-lhe diagnosticado alcoolismo secundário.

CC controlava todas as saídas da arguida, assim como a obrigava a acompanhá-lo para não ficar sozinha ou então deixava-a em casa sob vigilância da filha mais velha do casal.

Recorrentemente a arguida era insultada, inclusivamente, na presença das filhas.

Na noite de 3 de Agosto de 2007, gerou-se uma discussão entre o casal motivada pelo facto de CC ter encontrado uma garrafa de vinho vazia no lixo e ter atribuído o consumo da mesma à arguida, o que ela não admitiu. Durante a discussão, CC ameaçou agredir a arguida com a garrafa na cabeça e chamou-a repetidamente de “bêbada”, entre outros impropérios, chegando a contactar telefonicamente a filha mais velha, que se tinha ausentado, apenas para difamar a arguida, causando-lhe vexame, humilhação e revolta.

⁵⁵ P. 09P0579, Relator: Souto de Moura.

Por tudo isto, a arguida decidiu tirar a vida a CC e, com tal propósito, dirigiu-se à sala onde sabia encontrar-se um revólver, pronto a disparar, pertencente ao marido. Ato contínuo, aproximou-se de CC, sem que este se apercebesse da sua presença, e disparou seis tiros na sua direção, provocando-lhe a morte.

A arguida foi condenada em 1ª instância por um crime de homicídio simples, na pena de nove anos de prisão. Desta decisão houve recursos para os tribunais superiores interpostos pela assistente (sogra da arguida), que, contudo, não procederam por falta de legitimidade desta para recorrer.

Causa perplexidade como no caso apresentado e atendendo a todo o circunstancialismo em que se produziu o homicídio, a arguida não tenha beneficiado de qualquer atenuação jurídico-criminal, seja na qualificação do crime, seja numa atenuação da pena.

Por um lado, não terá o Tribunal operado uma análise jurídica insuficiente dos factos e dos tipos legais a que se poderiam subsumir, nomeadamente do crime de homicídio privilegiado como reflexo de uma culpa diminuída?

Em alternativa não careceria o caso da aplicação do mecanismo de atenuação especial da pena, considerando a culpa e as necessidades de prevenção diminuídas da arguida?

2. Os crimes de homicídio no CP português

O crime de homicídio (simples), p. e p. pelo art. 131º, constitui o tipo legal fundamental dos crimes contra o **bem jurídico** *vida* de pessoa já nascida⁵⁶. Os restantes crimes dolosos contra a vida configuram-se como casos especiais de homicídio que o legislador decide punir com uma moldura penal diferente, mais pesada (homicídio qualificado, art. 132º) ou mais leve (homicídio privilegiado, art. 133º⁵⁷), em consequência da adição ao tipo fundamental de circunstâncias relativas à ilicitude ou à culpa⁵⁸, connexionando-se através de uma *relação de especialidade*⁵⁹.

Por conseguinte, as três formas de homicídio doloso partilham de idêntico tipo de ilícito. Ao nível do **tipo objetivo**, o crime consuma-se com o causar, por ação ou omissão, a morte de uma pessoa diferente do agente, provado que seja o nexo de imputação do resultado à conduta, e com total irrelevância dos meios e modos de execução⁶⁰. No plano do **tipo subjetivo**, exige-se o dolo em qualquer das suas formas (art. 14º *ex vi* art. 13º): dolo direto, necessário ou eventual.

A especificidade que os distingue decorre do especial tipo de **culpa** que lhes subjaz e que se retira explicitamente da letra da lei, ou seja, a “especial censurabilidade ou perversidade”⁶¹, no art. 132º, e uma diminuição “sensível” da culpa, no art. 133º⁶².

⁵⁶ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS (2012-nótula:4); FERNANDO SILVA (2011:50); CLÁUDIA CASAL (2004:49); TERESA SERRA (2000:49); e MIGUEZ/CASTELA (2014-131º:366).

⁵⁷ São também tipos privilegiados o homicídio a pedido da vítima e o infanticídio (arts. 134º e 136º, respetivamente). Todavia, no âmbito do presente excursus, cingir-nos-emos ao art. 133º.

⁵⁸ Cf. FIGUEIREDO DIAS (1987:51); HENRIQUES/SANTOS (2000-131º:14); e TERESA SERRA (2000:49).

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS (1987:51); e HENRIQUES/SANTOS (2000-131º:14).

⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-131º:35).

⁶¹ Traços que se ligam à forma de realização do facto e às qualidades da personalidade do agente especialmente desvaliosas.

⁶² Cf. SILVA PEREIRA (2008:42), FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-132º:48) e FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:81).

3. Homicídio privilegiado

3.1. Fontes

O atual art. 133º resultou da fusão dos arts. 139º (homicídio privilegiado por provocação) e 140º (homicídio privilegiado por compaixão, desespero ou outro motivo de relevante valor social ou moral) do Anteprojeto de Eduardo Correia⁶³.

O art. 139º tinha por base o art. 370º do CP de 1852/86, consagrando-se nele a doutrina da provocação, ou seja, a culpa do agente seria sensivelmente atenuada quando o facto fosse cometido com violência instigada por provocação. Porém, vozes críticas apontavam a sobreposição deste preceito com a doutrina da provocação injusta já prevista no art. 87º do Anteprojeto. Rejeitando as propostas de remissão daquele para este preceito legal, EDUARDO CORREIA esclareceu que as normas em questão tinham amplitudes diferentes, pois que o art. 139º tinha maior poder atenuativo e abrangia mais casos do que os previstos no art. 87º⁶⁴. Por conseguinte, propôs o Autor a alteração da epígrafe do artigo para “Homicídio privilegiado por emoção”. Esta alteração não só serviu para evitar dúvidas na utilização de ambos os preceitos, como também revelou a rutura com o regime anterior, pois o essencial a ter em conta deixou de ser a provocação *per si* e passou a ser a emoção do agente, isto é, a emoção violenta *compreensível* e que *diminuísse a sua culpa*, “independentemente da causa que a provocou”⁶⁵.

O art. 140º, por sua vez, “é a fonte direta da segunda parte do art. 133º”.

3.2. Natureza jurídica

Em concretização do que foi referido no ponto 2 do presente capítulo, torna-se oportuno clarificar a natureza jurídica do crime de homicídio privilegiado.

⁶³ Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial, 1979, *apud* AMADEU FERREIRA (2000:55).

⁶⁴ Cf. Atas 1979, *apud ibidem*, 56.

⁶⁵ *Ibidem*, 57; e SOUSA BRITO (2008:12-13).

Segundo os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, “o art. 133º assume-se como uma **forma atenuada** do homicídio tipificado no art. 131º, partilhando ambos o mesmo tipo de ilícito”⁶⁶.

A sua especialidade reside no facto de se tratar de um **tipo de culpa autónomo**, e não de uma “mera regra de medida da pena”⁶⁷, pelo que a verificação dos seus elementos típicos exclui a aplicação dos restantes tipos de homicídio.

Portanto, o privilegiamento assenta num **especial tipo de culpa atenuada**, resultante da conduta concretizada sob *estados de afeto* ou motivações pouco censuráveis do agente, subsumíveis a alguma(s) das circunstâncias privilegiadoras previstas no preceito legal, desde que suscetíveis de, em concreto, provocar uma *diminuição sensível da culpa* do mesmo⁶⁸.

3.3. Fundamento do privilegiamento

Sendo unívoco entre a doutrina que o fundamento do art. 133º reside na menor culpa do agente, emergem, todavia, duas correntes que distinguem a origem da sua atenuação, em consequência das distintas concepções de culpa que os diversos autores defendem. Por um lado, os Autores que afirmam a existência de um fundamento diferenciador do privilégio, isto é, a presença de duas causas de atenuação da culpa, embora não coincidentes na cisão que fazem das cláusulas privilegiadoras do artigo. Por outro lado, os Autores que sustentam um fundamento homogéneo do preceito, não sendo, porém, uniforme o juízo acerca do seu conteúdo.

a) Autores que defendem um fundamento diferenciado

Segundo COSTA PINTO⁶⁹, o art. 133º encontra-se estruturado com base em *cláusulas autónomas de menor culpabilidade do agente e uma cláusula de natureza*

⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-131º:81. No mesmo sentido, CLÁUDIA CASAL (2004:49); SOUSA BRITO (2008:11); e AMADEU FERREIRA (2000:79). Contra, rejeitando a existência de um tipo matricial, SILVA PEREIRA (2008:37-40).

⁶⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:82); CLÁUDIA CASAL (2004:52); SOUSA BRITO (2008:11); AMADEU FERREIRA (2000:79); e COSTA PINTO (1998:289-290).

⁶⁸ Cf. SILVA DIAS (2005:20); FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:81); SILVA DIAS (2005:98); CLÁUDIA CASAL (2004:147); e LÍBANO MONTEIRO (1996:125).

⁶⁹ COSTA PINTO (1998:288-289). Com semelhante entendimento e cisão do preceito, cf. TAIPA CARVALHO (1995:359, nota 619); e CLÁUDIA CASAL (2004:151).

mista, igualmente *autónoma*, que assenta numa *menor ilicitude do facto e uma menor culpabilidade do agente*. Deste modo, a compreensível emoção violenta, a compaixão e o desespero são situações que remetem para o estado emocional do agente e que turvam o normal controlo dos seus actos; por sua vez, a averiguação do motivo de relevante valor social ou moral implica um juízo objetivo sobre o mesmo, realizável em sede de ilicitude, pelo que carece da exigência adicional da menor culpa, que por si só não existira apenas em função daquele.

Por sua vez, AMADEU FERREIRA⁷⁰ considera que a menor culpa presente em todo o preceito se baseia no estado do agente. Contudo, as razões para a diminuição da culpa não são as mesmas em todas as cláusulas: a menor culpa deriva, na *primeira parte*, dos *reflexos que a emoção violenta tem sobre a inteligência e a vontade do agente*, obstando a sua atuação juridicamente conformada; e, na *segunda parte*, do *valor objetivo dos motivos*, que conduz a uma diminuição da ilicitude, feita através de um juízo de relevância ético-social, pelo que exige, igualmente, a consideração de uma menor culpa, fundada numa exigibilidade diminuída.

Para FERNANDA PALMA, no âmbito da *redação originária* do preceito, o fundamento da atenuação da culpa da *compreensível emoção violenta, da compaixão e do desespero* residia numa *menor capacidade de motivação pelo direito*, devido a uma falta de domínio dos impulsos por parte do agente; o *motivo de relevante valor social* privilegiaria em função de uma *diminuída exigibilidade* de adotar uma conduta conforme à norma jurídico-penal⁷¹. No entanto, perante a redação atual do preceito, afirma a Autora que a interpretação mais plausível da intenção do legislador se coaduna com a ideia de que “os estados ou motivações sejam ponderados à luz de um critério de censurabilidade pessoal, tal como a *exigibilidade de outro comportamento*”⁷².

b) Autores que defendem um fundamento homogéneo

SOUSA E BRITO⁷³, ainda que próximo dos Autores precedentes quanto à razão do fundamento, distancia-se dos mesmos pela uniformização das cláusulas de atenuação da culpa. Com efeito, para o Autor o que está em causa no art. 133º é uma *imputabilidade diminuída* do agente, pois o desespero remete para situações de *perturbação emocional*

⁷⁰ AMADEU FERREIRA (2000:76 e 143).

⁷¹ FERNANDA PALMA (1983:82).

⁷² FERNANDA PALMA (2005:235).

⁷³ SOUSA BRITO (2008:23).

do agente que limitam a sua capacidade psicológica, valendo a mesma ideia para a segunda parte do preceito.

Para FIGUEIREDO DIAS, e a maioria da doutrina, o homicídio privilegiado assenta numa cláusula de **exigibilidade diminuída** legalmente concretizada de comportamento diferente⁷⁴. O Autor identifica neste campo a presença no agente dos designados **estados de afeto**, ou seja, de um “estado que pode naturalmente ligar-se a uma diminuição da imputabilidade ou da consciência do ilícito, mas que independentemente de uma tal ligação opera sobre a culpa ao nível da exigibilidade (determinante ou não, concomitantemente, de uma *diminuição gradual da gravidade do ilícito*)”⁷⁵. Por conseguinte, parafraseando os ensinamentos do Professor, “o efeito diminuidor da culpa ficar-se-á a dever ao reconhecimento de que, naquela situação (endógena ou exógena), *também o agente normalmente “fiel ao direito”* (“conformado com a ordem jurídico-penal”) *teria sido sensível ao conflito espiritual* que lhe foi criado e por ele afetado na sua decisão, no sentido de lhe ter sido estorvado o normal cumprimento das suas intenções”⁷⁶.

Em consonância com o referido Autor encontra-se igualmente CURADO NEVES⁷⁷, percecionando, todavia, a inexigibilidade segundo um critério mais objetivo, relevando neste plano, não a capacidade de motivação do agente, mas antes o *conteúdo da sua motivação*, admitindo um juízo de “compreensibilidade” do facto perante todas as circunstâncias previstas no tipo. Assim, é necessário que a verificação das cláusulas privilegiadoras “tenham lugar numa situação que permita considerar aquele motivo atendível, mesmo desculpável”⁷⁸.

3.3.1. A conceção de culpa

Com o fito de esclarecer no que consiste concretamente a atenuação da culpa do art. 133º, façamos uma breve referência às conceções de culpa que a ciência jurídico-

⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:81 e ss.). Assim também, FERNANDO SILVA (2011:98); PINTO ALBUQUERQUE (2010-133º:408); RIBEIRO FARIA (CCCP-146º:380-381); TERESA SERRA (1998:137-138); TERESA Q. BRITO (2003:905 e 911); e a jurisprudência dominante, entre outros, Ac. do STJ de 3/7/2014, e Ac. do TRC de 1/2/2012.

⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:82).

⁷⁶ *Ibidem*, 83.

⁷⁷ CURADO NEVES (2001:193).

⁷⁸ *Ibidem*, 194. Criticamente, TERESA Q. BRITO (2003:909-910).

penal traz à colação e que servirão de arrimo à posterior análise da jurisprudência com que iniciamos o presente capítulo.

O estudo da culpa penal parte, desde logo, do pressuposto *formal* do “princípio da culpa”, o qual se liga, na sua essência – e no que às finalidades da pena se refere –, a uma limitação do poder estatal, “comandado por exigências irrenunciáveis de respeito pela dignidade pessoal”⁷⁹. Já no que concerne à punibilidade *stricto sensu*, este princípio determina que a culpa “é fundamento da pena e limite da sua medida, ou seja, não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa”⁸⁰.

Do ponto de vista material, várias são as teorias que procuram definir o **conteúdo** do conceito de culpa jurídico-penal, enquanto censura dirigida ao agente de um determinado facto típico ilícito.

A discussão basilar desta problemática opõe, por um lado, as teorias da culpa da vontade e, por outro, as teorias da culpa pelo carácter. De acordo com as primeiras, assentes no livre-arbítrio, “[T]oda a culpa é culpa da vontade. Só aquilo contra o que o homem *pode*, do ponto de vista da vontade, alguma coisa, lhe pode ser censurado como culpa”^{81/82}. As segundas, por sua vez, estribadas na liberdade humana, dirigem a censura ao carácter ou personalidade expressa na prática do facto ilícito.^{83/84}.

Das concepções mais hodiernas destacaremos os três Autores cujas visões sobre a culpa jurídico-penal nos parecem de maior pertinência ao nosso estudo.

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS (1992:9).

⁸⁰ TERESA SERRA (2000:34-35); e FIGUEIREDO DIAS (1995a:175). Concordante, TAIPA CARVALHO (2014:293), afirma que “(...) **não há pena, há responsabilidade penal sem culpa**. Esta exigência da culpa é vista até como uma *exigência da própria dignidade da pessoa e, consequentemente, do próprio Estado-de-Direito (...)*”.

Cf. Art. 40º, nº 2.

⁸¹ WELZEL *apud* FIGUEIREDO DIAS (1995b:57).

⁸² Desta teoria retiram-se duas possíveis compreensões sobre o conteúdo material da culpa: a culpa como decisão consciente da vontade pelo ilícito (KAUFMANN) e a culpa como capacidade de motivação pela norma. Por todos, *vide ibidem*, 59-87.

⁸³ *Ibidem*, 87.

⁸⁴ Estas teorias conhecem várias formulações, consoante a causa da censura: a culpa na condução da vida (MEZGER), a culpa na decisão da vida (BOCKELMANN), a culpa do agente (LANGER) e a culpa na formação da personalidade (EDUARDO CORREIA). Por todos, *vide ibidem*, 87-115.

a) Figueiredo Dias e o Homem normalmente “fiel ao Direito”

No âmbito da **tese da culpa da personalidade** defendida por FIGUEIREDO DIAS, o pressuposto irrenunciável da problemática ora em causa é a *liberdade da pessoa*, enquanto “**característica do ser-total-que-age**”, isto é, a liberdade pessoal de autodeterminação de cada um em harmonia com os valores próprios de um Estado-de-Direito; portanto, a culpa jurídico-penal identifica-se com “o **ter que responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem**”⁸⁵. O Autor preconiza, assim, a culpa “como culpa do homem na decisão ou na afirmação da sua própria essência, e, neste sentido, como *culpa existencial, essencial ou «ética»*”⁸⁶.

Remetendo o tipo de ilícito que nos ocupa para uma ideia de *inexigibilidade* (como uma exigibilidade diminuída), afirma FIGUEIREDO DIAS, no plano desta como causa de exclusão da culpa, que a “personalidade suposta pela ordem jurídica não é a do ‘herói moral’, mas a do homem dotado de uma resistência normal. Por isso não faria sentido censurar o agente pela personalidade manifestada no facto, quando afinal ela acaba por se revelar adequada no essencial ao modo suposto pela ordem jurídica. Ponto é que a situação exterior seja uma tal que permita afirmar que também a generalidade dos homens ‘honestos’ ou ‘**normalmente fiéis ao direito**’ teria provavelmente atuado da mesma maneira; e que as qualidades pessoais juridicamente relevantes manifestadas no facto não sejam, apesar disso, juridicamente censuráveis”⁸⁷.

b) Taipa de Carvalho e a “socialização primária”

TAIPA DE CARVALHO, acompanhando a configuração da liberdade e da culpa de FIGUEIREDO DIAS no plano antropológico-existencial e da função político-criminal da culpa jurídico-penal, assevera que “o que se censura ao agente do facto ilícito é (...) a sua personalidade ético-jurídica. Só *esta personalidade é culpada*, não por não ter, ao longo da vida, exercido corretamente (isto é, segundo as exigências fundamentais do Direito) o seu livre-arbítrio ou liberdade da vontade, mas sim *por não ter cumprido, ao longo da sua existência comunitária, o mandato existencial de conformação-construção*

⁸⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS (1995a:195); FIGUEIREDO DIAS (2007:522-526); FIGUEIREDO DIAS (1992:14); e FIGUEIREDO DIAS (2001:240-242).

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS (1995b:157-158).

⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS (2007:609); e FIGUEIREDO DIAS (1995b:202). Sublinhado do Autor.

do seu ser, da sua pessoa, de acordo com as exigências ético-sociais consideradas fundamentais e indispensáveis à vida em comunidade”⁸⁸.

No entanto, adverte o Autor: “para que esta culpa da personalidade não descaia numa certa ficção de culpa, **não pode deixar de se ter em conta as circunstâncias em que se realiza a “socialização primária” do ser humano**; pois que sendo esta socialização que determina, em grande medida, a estruturação da personalidade do homem adulto, ela é, porém, em grande parte, da responsabilidade da própria sociedade (isto é, dos outros), nomeadamente das chamadas instâncias primárias de socialização, que são a família e a escola”⁸⁹.

c) **Fernanda Palma e a “subjectivização da culpa”**

FERNANDA PALMA considera que o atual juízo de culpa integra “um espaço normativo residual *sui generis* – não é normativo no sentido de uma linguagem de direitos e deveres, de valoração de bens ou sequer de um dever ser, mas sim no sentido de um *limite de aceitabilidade social* de certas soluções de conflitos ou de determinados modos de conduta do agente (ou, ainda, numa ótica de atitudes reveladas nos factos)”. Consta, assim, que “a culpa jurídico-penal, apesar de ser uma categoria que exprime um certo juízo de censura ao agente pela prática do seu facto”, ergue-se “como a instância em que o facto se confronta com critérios ético-sociais de aceitação ou rejeição”, sendo que “a especificidade do agente, a sua contribuição para a definição do ético, não é, no entanto, decisivamente relevante”⁹⁰.

Por conseguinte, questiona a Autora: “pode a culpa penal ser um lugar de dialética que dê outra relevância ao **sentido subjetivo vivido do ato**, apto a suscitar novas formas de aceitação ou de rejeição da conduta do agente e da sua pessoa? Poderá admitir-se uma influência da subjetividade do agente na formulação do critério de censura da sua pessoa?”⁹¹. Ou seja, e já num sentido de resposta do sistema penal, propõe a Autora a inclusão de uma maior “subjectivização da culpa” (embora não uma pura conceção psicológica da culpa), que se identifica com a ideia de que “certos motivos ou estados psicológicos – as emoções –, constituem em si mesmo, critérios de desculpa ou de atenuação da culpa apenas em função da constatação de uma menor possibilidade de o

⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS *apud* TAIPA CARVALHO (2014:455).

⁸⁹ *Ibidem*, 406.

⁹⁰ FERNANDA PALMA (2005:18).

⁹¹ *Ibidem*, 19-20. Sublinhado nosso.

agente em concreto e no momento da ação, evitar os comportamentos criminosos e escolher uma alternativa lícita”⁹².

3.4. Cláusulas privilegiadoras típicas

A subsunção de uma conduta ao art. 133º tem lugar quando se preenche qualquer uma das quatro cláusulas privilegiadoras previstas no preceito legal: a compreensível emoção violenta, a compaixão, o desespero e o motivo de relevante valor social ou moral.

Todavia, estas não são de funcionamento automático, pois apenas privilegiarão o homicídio na hipótese de *diminuírem sensivelmente a culpa do agente*, inclusive porque a lei expressamente exige que este atue “**dominado**” por aqueles estados ou motivos⁹³. Há, deste modo, uma *relação de interdependência* entre a cláusula geral de privilegiamento e os respetivos elementos concretizadores, previstos de forma taxativa.

Por delimitação do objeto do nosso excuro, tão-só nos dedicaremos às cláusulas da compreensível emoção violenta e do desespero, as quais passaremos a caracterizar.

3.4.1. Compreensível emoção violenta

Nas palavras de AMADEU FERREIRA, a **emoção** aqui subentendida integra “um estado psicológico que não corresponde ao normal do agente, encontrando-se afetadas a sua vontade, a sua inteligência e diminuídas as suas resistências éticas, a sua capacidade para se conformar com a norma”⁹⁴.

Enquanto elemento típico, a emoção deve atingir um certo grau de gravidade ou intensidade que se reflete na natureza **violenta** da mesma, atuando esta “como uma força sobre o agente”⁹⁵. Esta violência faz desencadear uma reação agressiva no agente, que o domina, no sentido de o determinar a agir daquela forma⁹⁶.

Note-se que neste domínio, a doutrina diverge sobre a qualidade dos estados de afeto abrangidos pelo preceito. FIGUEIREDO DIAS entende que apenas relevam para o

⁹² *Ibidem*, 20. Debatendo esta posição em termos de uma desculpação do agente, vide CONCEIÇÃO CUNHA (2009:785-790, esp., 787, nota 2159). Criticamente, FIGUEIREDO DIAS (2007:526).

⁹³ Cf. FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:83); e FERNANDO SILVA (2011:98).

⁹⁴ AMADEU FERREIRA (2000:63).

⁹⁵ SOUSA BRITO (2008:19).

⁹⁶ FERNANDO SILVA (2011:100).

privilegiamento os estados de afeto **esténicos** (ira, cólera, irritação) e já não os estados de afeto **asténicos** (perturbação, medo, susto), pois apenas os primeiros se conciliam com a violência da emoção⁹⁷. Por sua vez, a maioria da doutrina – que sufragamos – critica este entendimento, argumentando, como o faz AMADEU FERREIRA, que não só “o art. 133º não faz qualquer restrição [ao invés, por exemplo, do art. 33º] pelo que se devem considerar incluídas quer as emoções asténicas (...) quer as emoções esténicas (...), como também existem situações de fronteira e situações de sucessão de ambos tipos de emoção⁹⁸.

A emoção violenta pressuposta pelo art. 133º, diferentemente das restantes cláusulas, é objeto de uma **exigência adicional** em sede de culpa, uma vez que, para além de ter de *diminuir sensivelmente a culpa do agente*, tem de ser **compreensível**. Note-se que a compreensibilidade se refere à emoção e não ao homicídio⁹⁹.

A discordância doutrinal e jurisprudencial na definição e interpretação do teor deste requisito dificulta a aplicação do art. 133º.

Outrora a nossa Jurisprudência aferia a compreensibilidade através do critério da **proporcionalidade** entre a emoção violenta e o crime de homicídio, v.g., o Ac. do STJ de 26/11/86; Ac. do STJ de 6/1/1988; Ac. do STJ de 19/4/1989¹⁰⁰. Tal critério é, evidentemente, de reprovar, porque viola o princípio da legalidade e a própria letra da lei, estipula uma excessiva restrição à aplicação da norma – dificilmente algo pode se proporcional ao valor da vida – e reduz o privilegiamento a situações de provocação¹⁰¹. Atualmente este critério tem vindo a ser superado como elucidam, v.g., o Ac. do STJ de 20/5/1999¹⁰²; o Ac. do STJ de 6/3/2003; e o Ac. do STJ de 10/12/2009. Por ventura, em

⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:86-87).

⁹⁸ AMADEU FERREIRA (2000:100). No mesmo sentido, CURADO NEVES (2008:713-714); CLÁUDIA CASAL (2004:134-135); SOUSA BRITO (2008:23); PINTO ALBUQUERQUE (2010-133º:409); TERESA Q. BRITO (2003:919-921); e MIGUEZ/CASTELA (2014-133º:521).

⁹⁹ Desenvolvidamente, cf. AMADEU FERREIRA (2000:93-95).

¹⁰⁰ In BMJ nº 361, 283; nº 373, 264; e nº 386, 222, respetivamente.

¹⁰¹ Igualmente críticos, entre outros, FERNANDO SILVA (2011:103-104); AMADEU FERREIRA (2000:120 e ss.); CURADO NEVES (2001:214); e FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:86).

¹⁰² Cujo sumário dispõe que “[N]o crime de homicídio privilegiado p.e.p. pelo art. 133., do Cod. Penal, não se pode pôr a compreensibilidade da emoção no mero campo da proporcionalidade entre o facto injusto e o facto ilícito, pois nunca entre ambos existe proporção”.

termos doutrinários seguem ainda esta ponderação LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS¹⁰³.

Na doutrina encontramos três critérios distintos para a aferição da compreensibilidade: o **critério objetivo**, que recorre à figura do “homem médio”, o **critério subjetivo**, referindo-se ao concreto agente do crime; e o **critério do tipo social** do agente.

a) **Critério objetivo**

FIGUEIREDO DIAS define a compreensível emoção violenta como “um forte estado de afeto emocional provocado por uma situação pela qual o agente não pode ser censurado e à qual também o **homem normalmente “fiel ao direito”** não deixaria de ser sensível”. Do mesmo modo, MAIA GONÇALVES escreve que “compreensível emoção é uma estado emocional não censurável ao agente e suscetível de afetar o **homem médio** suposto pela ordem jurídica”. CURADO NEVES – cuja opinião corroboramos –, na esteira de SOUSA BRITO, aceita que a este nível se considerem os **motivos** do agente, “mas apenas para avaliar a sua **plausibilidade**, e não o valor ético ou jurídico de tais motivos”, relevando, assim, a “probabilidade de uma emoção de idêntica intensidade surgir numa **pessoa de referência idealizada** (o homem médio)”. Incluem-se ainda nesta perspetiva FERNANDO SILVA e PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁰⁴.

b) **Critério subjetivo**

AMADEU FERREIRA afirma que “[a] emoção só pode ser corretamente avaliada se *tomarmos como medida o próprio agente emocionado*”, pois “[é] em relação a ele, e não em abstrato ou de acordo com qualquer homem médio, que deve poder dizer-se se a emoção é violenta e o domina”. TERESA SERRA, numa postura mais crítica, considera o critério do homem médio, como critério normativo, “uma fórmula vazia”, “na medida em que está longe de fornecer indícios” ao intérprete, sustentando, assim, que o critério a ser concretizado se deve referir à **personalidade do agente individual** que atua¹⁰⁵.

¹⁰³ HENRIQUES/SANTOS (2000-133º:129).

¹⁰⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:85); MAIA GONÇALVES (2007-133º:527); CURADO NEVES (2001:180-181) (sublinhado nosso); SOUSA BRITO (2008:24); FERNANDO SILVA (2011:106); PINTO ALBUQUERQUE (2010-133º:409).

¹⁰⁵ Cf. AMADEU FERREIRA (2000:99); e TERESA SERRA (1998:143-145).

c) **Critério do tipo social**

Numa posição díspar das anteriores, SILVA DIAS sustenta que o critério a seguir reside “na questão de saber se a situação em causa é adequada a produzir uma emoção violenta numa pessoa do tipo social do agente”, consistindo este num “modelo reconstruído a partir das características sociais do agente: idade, grau de cultura, profissão, meio em que se vive, formas ou níveis de participação social, etc.”. Também segundo TERESA Q. BRITO, deve ter-se em conta “a reprovabilidade dos motivos do agente ou as capacidades, a força e a vontade que a Ordem Jurídica espera ou exige de um homem do tipo social do autor”¹⁰⁶.

Refira-se, por fim, que a lei não estabelece qualquer exigência quanto à causa da emoção, mas exige que esta seja compreensível, que domine o agente e que se verifique um **nexo de causalidade** entre a aquela e o crime, isto é, que a emoção violenta seja a causadora do homicídio¹⁰⁷.

No final, a compreensível emoção violenta diminuirá sensivelmente a culpa do agente se tal resultar da **avaliação conjunta e global da situação**, integrando o facto provocador, o facto provocado e, eventualmente, as circunstâncias antecedentes¹⁰⁸.

3.4.2. Desespero

Nos ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, “no elemento **desespero** estará em causa não tanto a situação de falta de esperança na obtenção de um resultado ou de uma finalidade, quanto sobretudo estados de afeto ligados à angústia, à depressão ou à revolta”¹⁰⁹.

Em sentido algo diferente, CURADO NEVES defende que “o desespero sentido pelo agente é necessariamente subjetivo”, sendo que aqueles estados de afeto “podem

¹⁰⁶ Cf. SILVA DIAS (2005:21); e TERESA Q. BRITO (2003:917).

¹⁰⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS (1987:54); AMADEU FERREIRA (2000:97); MAIA GONÇALVES (2007-133º:527); e CLÁUDIA CASAL (2004:118). Também na jurisprudência, entre outros, Ac. do STJ de 14/7/2010 e Ac. do STJ de 29/10/2008.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:87).

¹⁰⁹ *Ibidem*, 89. Também assim, PINTO ALBUQUERQUE (2010-133º:410); e HENRIQUES/SANTOS (2000-133º:410).

resultar de um julgamento refletido, sem terem de culminar num estado de pressão psicológica que vede ao agente o controlo dos seus atos”¹¹⁰.

Para FERNANDO SILVA, o desespero “está associado a situações extremas, em que o agente foi suportando uma situação que sobre ele exerce grande pressão psicológica, vindo limitar-se as suas capacidades de resistir à situação, mata como forma de libertação desse estado”; aqui “o decurso do tempo foi funcionando como agravante da situação do agente”¹¹¹.

COSTA PINTO identifica o desespero com uma situação de pressão psicológica em que o crime se apresenta ao agente como “única saída possível para a situação em que se encontra”¹¹².

Estes estados de afeto caracterizam-se por sentimentos de impotência, de pendor depressivo e por situações de “forte pressão psicológica exercida sobre o agente *durante períodos de tempo relativamente longos*”¹¹³. Inserem-se nesta cláusula casos vastamente mencionados pela doutrina de “humilhação prolongada” do agente pela vítima ou de “tirania doméstica”.

Também com este entendimento se tem pronunciado o STJ: “A *situação de desespero configura outro dos fundamentos do homicídio privilegiado e que é concebido como fruto de uma situação que se arrasta no tempo, com origem em pequenos ou grandes conflitos, que acabam por levar o agente a considerar-se numa situação sem saída, deixando de acreditar, de ter esperança, arrancando da limitação psicológica do agente desesperado, nele se englobando os casos de suicídios alargados ou de humilhações reiteradas. Deste modo, enquanto estado de afeto, cria uma situação de impotência, em que resta como única alternativa possível ao agente o homicídio*” – Ac. do STJ de 3/3/2010¹¹⁴.

Contrariamente ao que sucede com a compreensível emoção violenta, o desespero tem a suscetibilidade de desencadear o privilegiamento sem exigências adicionais,

¹¹⁰ CURADO NEVES (2001:187, nota 28).

¹¹¹ FERNANDO SILVA (2011:117).

¹¹² COSTA PINTO (1998:288).

¹¹³ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:89).

¹¹⁴ Cf. Igualmente Ac. de 7/7/2010 e Ac. de 30/4/2009, ambos do STJ, disponíveis em www.stj.pt – Jurisprudência – Sumários de Acórdãos.

embora não de forma automática, pois deverá ser adequado a diminuir sensivelmente a culpa do agente.

3.4.3. Distinção entre compreensível emoção violenta e desespero

É indubitável que a doutrina coteja a compreensível emoção violenta e o desespero pelo modo como as emoções surgem e afetam o agente. Se, por um lado, a primeira se concretiza numa “reação imediata e perceptível a qualquer observador”, o segundo resulta “de um processo insidioso que, lenta e silenciosamente, vai conduzindo o agente até ao ato criminoso”¹¹⁵. Assim, “no desespero, em contraposição à emoção violenta, há uma acumulação de tensão que impele o autor a um beco sem saída ou a considerar-se num beco sem saída, atuando com conformidade com esse impulso. A situação de desespero implica estados emotivos de natureza passiva, interiorizada, reflexiva, com uma componente intelectual”¹¹⁶.

Todavia, como adverte FERNANDO SILVA, “*nem sempre* a conduta sob estado de *compreensível emoção violenta* advém de uma *reação a um facto*, e que não raras vezes o estado psicológico da vítima é fruto de uma *situação crónica*, que perdura no tempo que vai agastando a vítima e que a leva a matar em certa altura sem que tenha havido um facto muito grave na sua origem” – assim ocorre em situações de “humilhação ou provocação desenvolvidos ao longo dos anos”¹¹⁷.

4. Apreciação jurisprudencial crítica

Em concretização das considerações expostas, é momento de demonstrar a sua relevância prática a propósito da jurisprudência de que partimos.

Naquele Aresto a arguida foi condenada pelo crime de homicídio simples, na pena de nove anos de prisão. Ora, tal decisão não nos parece correta, quer relativamente ao seu enquadramento jurídico-penal, quer ao *quantum* da pena aplicada.

¹¹⁵ CARLOTA ALMEIDA (2013:207).

¹¹⁶ TERESA SERRA (1998:137). No mesmo entendimento, *vide* Ac. do STJ de 6/3/2003.

¹¹⁷ FERNANDO SILVA (2011:111).

Em primeiro lugar, cremos que a aplicação do tipo legal de **homicídio privilegiado** seria mais congruente com a factualidade provada¹¹⁸. Atendendo aos factos, muito dificilmente o ilícito praticado constituiria um crime de homicídio simples.

O tipo objetivo do art. 131º consiste em matar outra pessoa. Neste, o legislador nada diz sobre as circunstâncias especiais que levaram à prática do crime. O preceito legal refere-se à conduta do agente como “matar” numa compreensão ampla, ou seja, o homicídio simples é aquele onde não há circunstâncias modificativas do tipo que determinem a sua qualificação ou a atenuação. A presença ou não destas circunstâncias terá de ser averiguada de acordo com o caso concreto e, uma vez verificadas, conduzirão ao afastamento do art. 131º e à aplicação do tipo legal qualificado ou atenuado resultante da análise dos factos.

Deste modo, em conformidade com o que é definido pela doutrina e jurisprudência, consideramos que no caso *sub judice* a arguida atuou em circunstâncias reconduzíveis à cláusula privilegiadora de **compreensível emoção violenta**.

Com efeito, verifica-se que a arguida atuou sob um **forte estado de afeto emocional**, provocado pela circunstância de, mais uma vez, ser insultada e ridicularizada pelo seu marido e propositadamente perante a filha do casal; por conseguinte, tal emoção desencadeou uma reação **violenta** na arguida.

Enquanto requisito adicional do preceito legal, a emoção violenta em apreço mostra-se **compreensível**, quer se adote um critério mais objetivo ou mais subjetivo. Em boa verdade, estamos perante uma mulher que vive há vinte anos numa situação de nefasta violência doméstica¹¹⁹, em que é sujeita a contínuas agressões, humilhações, insultos e constrições de liberdade pessoal e social. Por isso, cremos que a emoção é compreensível não só pela circunstância presente de vexame e humilhação, mas também por todo o

¹¹⁸ Apartamos logo à partida a aplicação do crime de homicídio qualificado, porque, embora se preencha a circunstância agravante prevista na al. b), do n.º 2, do art. 132º (relação de conjugalidade entre agente e vítima), sempre terá de se concluir no sentido de que não foi preenchido o tipo de culpa do n.º 1 do art. 132º, pois é nosso entendimento que a arguida atuou em circunstâncias que atenuam a sua culpa, estando excluída, assim, por natureza e definição, a possibilidade de sustentar que a mesma atuou com especial perversidade ou censurabilidade.

¹¹⁹ Acerca desta problemática e suas implicações *vide* ELISABETE FERREIRA (2005:); ELISABETE FERREIRA (2002:109-139); e TERESA BELEZA (2008:111-122).

historial de violência física e psíquica de que é vítima e que contribuiu e é compatível com o ímpeto gerado numa progressão de sentimentos de desespero¹²⁰.

Com efeito, verifica-se que neste caso se conjugam estados de afeto de desespero e de emoção violenta, na medida em que esta se gerou na arguida visivelmente influenciada por um acumular de angústia e revolta compatíveis com as perversas condições da sua vida. Como ensina AMADEU FERREIRA, as emoções que se concretizam em estados de afeto “têm como característica fundamental a pré-existência de uma situação de conflito interior inalterável e que, em regra, dura há bastante tempo. É este conflito interior que o agente não consegue resolver e pode dar origem à emoção”. O Autor – e a doutrina em geral – usa a este respeito “a imagem do balde que se vai enchendo, até quase transbordar”, sendo que qualquer mero acaso, funcionará como gota de água que o fará transbordar¹²¹. Como ficou acima referido, a emoção violenta pode surgir, não de um facto imediato, mas de um sofrimento enraizado e duradouro, que atormenta a pessoa incapaz de contra ele reagir.

Assim sendo, verifica-se o *nexo de causalidade entre a emoção e a conduta* da arguida, que cometeu o homicídio **dominada** por aquela, sendo esta a razão do crime.

Para alcançar o privilegiamento do homicídio é ainda necessário aferir se esta compreensível emoção violenta é suscetível de **diminuir sensivelmente a culpa** da agente, ou seja, se é passível de um *juízo de exigibilidade diminuída*.

Nesta sede faremos uma breve reflexão para confrontar as conceções de culpa jurídico-penal acima desenvolvidas.

Na decorrência da conceção de FIGUEIREDO DIAS, “o efeito diminuidor da culpa ficar-se-á a dever ao reconhecimento de que, naquela situação (...) também o agente **normalmente “fiel ao direito”** (...) teria sido sensível ao conflito espiritual”. Deste modo, “cuida-se de exigir ao Homem um dever-ser para o Direito, padronizando a personalidade suposta pela ordem jurídica, no paradigma do *homem médio*”, de forma que “o dever de formação da personalidade em respeito ao valor dos bens jurídico-penais

¹²⁰ Em decisão afim de subsunção à cláusula de compreensível emoção violenta num contexto de desespero *vide* Ac. do STJ de 16/10/2003.

¹²¹ AMADEU FERREIRA (2000:102).

é, assim, violado quando o homem médio, na mesma situação, respondesse positivamente ao apelo normativo”¹²².

Nesta perspectiva assume-se, com base na ideia de liberdade pessoal e de uma culpa existencial, que todos os indivíduos têm as mesmas condições de guiar a sua vivência de acordo com a ordem jurídico-penal, quando, na verdade, a personalidade de cada um é formada por características individualizantes que derivam de experiências passadas e do meio envolvente (a aludida “socialização primária”). Por outro lado, também as circunstâncias particulares na prática do ilícito relevam sobre a culpa do agente, no sentido em que mesmo aquele que possui uma estrutura ético-moralmente orientada, em momento de forte pressão emocional, poderá agir de forma adversa a essa sua conformação.

Servindo-nos do Aresto, questionamos: o que faria, aqui concretamente, a “mulher média”? Seria aquela que, naquele contexto e apesar das suas fragilidades, seria capaz de um suficiente autocontrolo, que a impedisse de agir como agiu? Nestas situações, pressupõe-se como “mulher média” aquela que é dotada de uma personalidade minimamente audaciosa, apta a autoprotoger-se, a enfrentar com êxito as vicissitudes da vida e a gerir as suas emoções? Ou pressupõe-se como tal aquela que é já de si detentora de uma personalidade mais vulnerável, incapaz de gerir as suas emoções em momentos de maior tensão psíquica e que vive afetada pelas mesmas?

Decerto, que no caso em apreço, a gravidade dos antecedentes do crime sempre evidenciariam o estado de afeto que dominou a agente com a consequente diminuição da sua culpa.

Neste horizonte de dubiedade desponta a tese de FERNANDA PALMA, a qual contesta a relutância dos tribunais em “inovar acerca do que é desculpável”, podendo adotar-se uma ideia não puramente formal da culpa, onde se destacariam as condições subjetivas do agente, as quais seriam avaliadas para além dos “tipos rígidos de causas de afastamento da culpa”¹²³. Insurge-se, assim, a Autora contra “um Direito Penal que substitui o ser humano concreto por uma ficção de racionalidade”¹²⁴.

No entendimento da Autora, “a desculpa é uma decorrência da pessoalidade da censura. (...). Desculpar a pessoa concreta não é, pois, desculpar a pessoa travestida de

¹²² NICOLAU (2013:171). Itálico nosso.

¹²³ FERNANDA PALMA (2005:18-19).

¹²⁴ FERNANDA PALMA (2013:113).

‘homem médio’ mas uma determinada pessoa, com nome e história, nas suas condições e limites próprios”¹²⁵. E prossegue: “a desculpa seria uma simbiose de reconhecimento de sistemas ético-efetivos diferentes dos valores do Direito e justa oportunidade referida ao próprio desenvolvimento emocional. E esse resultado exprime, sobretudo, uma orientação reguladora na interpretação das atuais causas de desculpa. No entanto, o juiz não estará dispensado de construir causas de desculpa supralegais, tanto por analogia como partindo de novas perspetivas sobre a interpretação ético-afetiva (emocional) da realidade. Assim pode acontecer nas situações de maus tratos da mulher (agredida) com desfecho no homicídio do marido (agressor), sem legítima defesa, quando os objetivos de vida do agente – na sua condição de mulher casada sem autonomia social, económica e afetiva – estiverem em causa devido à situação continuada de maus tratos”¹²⁶.

Parece-nos que, no caso concreto, embora ainda carecidas de melhor aprofundamento, tais ponderações não seriam descabidas. Evidentemente não se poderia atender apenas às circunstâncias concretas do caso, sob o risco de o Direito Penal se dissolver num «*tout comprende c’est tout pardonner*»¹²⁷. Mas observamos aqui uma mulher que desde o início do casamento teve a sua condução de vida adulterada pelos maus tratos do marido, que lhe provocaram transtornos psíquicos, relevando decisivamente a afetação do seu complexo emocional¹²⁸.

No que diz respeito à medida da pena, consideramo-la excessiva, atendendo a que também nesta sede a arguida poderia ter beneficiado do regime da atenuação especial da pena, previsto nos arts. 72º e 73º. Tal figura consubstancia uma válvula de segurança do nosso sistema jurídico-penal naquelas hipóteses especiais em que há circunstâncias que diminuem acentuadamente as exigências de punição do facto¹²⁹. Os pressupostos para a aplicação deste regime são (i) a existência de “circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto

¹²⁵ FERNANDA PALMA (2005:230).

¹²⁶ *Ibidem*, 231-232.

¹²⁷ FIGUEIREDO DIAS (1995b:204).

¹²⁸ Sobre violência contra as mulheres e a “síndrome da mulher maltratada”, especificamente em contextos de legítima defesa, e seu tratamento no Direito anglo-saxónico, *vide* TERESA BELEZA (1995:288-303); e FERNANDES (2014:11-39, esp. 30 ss.).

¹²⁹ FIGUEIREDO DIAS (2005:302).

ou a culpa do agente (art. 73º, n.º 1), e (ii) a acentuada diminuição da culpa ou das exigências da prevenção (pressuposto material).

Deste modo, a aplicação deste regime seria adequada e cumpriria os seus pressupostos: há circunstâncias que atenuam a culpa da agente, concretamente todo o conflito espiritual que as condições terríveis de vida provocavam na arguida, e as necessidades de prevenção, quer geral, quer especial são diminuídas.

Refira-se que, não obstante existir a possibilidade de cumulação do crime de homicídio privilegiado e do regime de atenuação especial da pena, tal apenas pode suceder com respeito ao princípio da proibição da dupla valoração, o qual “proíbe que *o mesmo substrato* considerado para a integração do art. 133º seja de novo valorado para efeito de atenuação especial da pena”¹³⁰.

Numa apreciação mais abrangente, refira-se que o caso exposto é um exemplo de como nem sempre o contexto de violência doméstica que as mulheres vêm sofrendo se vê refletido na ponderação e na decisão do tribunal, que as incrimina de matar *apenas* por vingança¹³¹ num momento em que matam após mais uma agressão, mas quando o marido já se deitou ou não está alerta. Nestas condições, fazem relevar a forma insidiosa, traiçoeira, como atuaram, quando na verdade apenas agiram quando lhes foi humanamente possível.

É viável conceber a situação em que a mulher é mais uma vez agredida, sabendo que não será a última, e por força do pânico em que se encontra fique bloqueada e sem energias para reagir nesse instante. Por outro lado, muitas vezes a superioridade física do agressor, e a sua própria debilidade no momento, são um indício de que muito provavelmente a sua investida será infrutífera e resulte em maiores lesões para si.

Portanto, compreende-se que a mulher apenas reaja momentos depois, não só dominada pelo medo, mas definitivamente pelo estado de desespero que atingiu, apanhando o agressor de surpresa, pois de outro modo não conseguiria proteger-se de agressões por retaliação.

Não obstante, e como se disse, os tribunais não tomam em consideração todo o circunstancialismo que levou aquela mulher a matar. Muitas vezes, é certo, por falta de

¹³⁰ FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (CCCP-133º:94).

¹³¹ Vide Ac. do STJ de 11/6/1987, in BMJ, n.º 368, Julho, 1987, e Ac. do TRE de 12/3/2008, em que vítima de violência doméstica é o marido e mata a mulher quando esta lhe arremessava garrafas de vidro.

prova das agressões. No entanto, também é verdade que servem de testemunhos disso as participações anteriores às autoridades e a própria família, sendo relevante a sua consideração para uma decisão congruente com a realidade.

Conclusões

Terminado o percurso pelas considerações jurídico-penais inspiradas na temática do “homicídio do pai tirano”, é tempo de tecer as devidas conclusões.

1. Os números apontados relativos ao homicídio conjugal em Portugal refletem a necessidade de melhorar as políticas adotadas para prevenir e combater este tipo de criminalidade.

2. A legítima defesa é uma manifestação do “Direito de resistência” constitucionalmente tutelado, que prescreve direito de repelir pela força qualquer agressão quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

3. O direito de legítima defesa fundamenta-se no princípio da autoproteção individual e no princípio da prevenção geral e especial ético-juridicamente fundamentado.

4. O início da atualidade na legítima defesa *tout court* (art. 32º) equipara-se ao início da tentativa por referência ao conceito de atos executórios (art. 22º). No entanto, este paralelismo deve ser estabelecido com cautela, isto é, não descurando do caso concreto, sob pena de incluir nesta figura comportamentos que por si não têm a suscetibilidade de configurar agressões atuais.

5. Há determinadas situações em que a agressão, embora ainda não iminente, se apresenta como próxima e altamente provável, v.g. contextos de violência doméstica, de agressões continuadas, em que a vítima reconhece como previsível a próxima agressão.

6. Nestas circunstâncias, de forma a garantir o exercício do direito de defesa do ameaçado, seria de admitir uma interpretação mais ampla do conceito de atualidade da agressão, numa leitura mais lata do art. 22º, n.º 2, al. c), como salvaguarda de bens jurídico-penais pessoais, embora limitada pela lei e pela previsibilidade da agressão consoante o caso concreto.

7. Entre os crimes de homicídio, o tipo de homicídio do art. 131º constitui o tipo legal fundamental, configurando os restantes tipos como casos especiais que se conexionam através de uma relação de especialidade.

8. O crime de homicídio privilegiado assenta num especial tipo de culpa atenuada, resultante de estados de afeto que dominam o agente, e cujos elementos concretizadores mantêm uma relação de interdependência com a cláusula geral de diminuição sensível da culpa.

9. O fundamento do privilegiamento é determinado por um juízo de exigibilidade diminuída legalmente concretizada de comportamento diferente.

10. Sobre a concepção de culpa jurídico-penal, FIGUEIREDO DIAS defende que a censurabilidade se apura através do critério do “homem médio”, isto é, “do homem normalmente fiel ao direito”.

11. Por sua vez, FERNANDA PALMA afirma a necessidade de uma concepção mais subjectivizada da culpa, em que entrem em jogo as emoções e as particularidades do agente, ensaiando, nestes termos, um princípio da desculpa.

12. A compreensível emoção violenta traduz-se num forte estado de afeto emocional, que desencadeia uma reação violenta que domina o agente. Para que se verifique o privilegiamento do homicídio, esta emoção deve cumprir a exigência adicional da compreensibilidade, ou seja, a emoção (e não o homicídio) é compreensível quando, em termos objetivos, mas ligados às motivações do agente, seria igualmente de afetar o “homem médio” colocado na posição do agente.

13. O desespero associa-se a estados de afeto que se prolongam no tempo, ligados à angústia, à depressão ou à revolta, sendo que o homicídio surge como a única hipótese de libertação desse sofrimento.

14. Não será de todo despiciendo questionar a exequibilidade de uma concepção de culpa jurídico-penal mais subjectivizada, que atribuisse maior relevância às emoções, motivos e vivências do agente, sob pena de aplicar uma noção demasiado formal, que não se adapte às especificidades do caso *sub judice*.

15. Por fim, em resultado da nossa pesquisa jurisprudencial, apercebemo-nos que nos homicídios cometidos em contexto familiar, os seus antecedentes, frequentemente marcados por circunstâncias críticas de violência doméstica, não são ponderados no momento da condenação. Pensamos que todo aquele circunstancialismo não deve ser remetido para segundo plano. A Justiça carece de ponderação sobre o caso concreto, não só sobre o momento do facto, mas também sobre aquilo que o precede e que, por vezes, é tanto ou mais relevante para a justa decisão do caso.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "Anotação ao art. 32º", in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição Actualizada, Universidade Católica, Lisboa, 2010;
- , "Anotação ao art. 133º", in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição Actualizada, Universidade Católica, Lisboa, 2010;
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, "Acumulação e catástrofe", in *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, coord., Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Almedina, Coimbra, 2013;
- BELEZA, Teresa Pizarro, "Legítima defesa e género feminino: paradoxos da «feminist jurisprudence»?", in *Jornadas de Homenagem ao Prof. Dr. Cavaleiro de Ferreira*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995;
- , "Violência Doméstica", in *Colectânea de Textos da Parte Especial do Direito Penal*, Augusto Silva Dias, [et. al.], AAFDL, Lisboa, 2008;
- BRITO, José de Sousa e, "Um caso de homicídio privilegiado", in *Colectânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*, AAFDL, Lisboa, 2008;
- BRITO, Teresa Quintela de, "Homicídio Privilegiado: Algumas notas", in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org., Manuel da Costa Andrade.. [et al.], Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais - Teoria Geral do Crime*, 2ª Edição Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- , *A Legítima Defesa: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995;

- CASAL, Cláudia, *Homicídio Privilegiado por Compaixão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume II, Almedina, Coimbra, 1963;
- CUNHA, M. Conceição Ferreira da, *Vida contra Vida - Conflitos existenciais e limites do Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal - Parte Especial: Crimes contra a vida e a integridade física*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, Reimp. da Edição de 1993, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- , *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- , *Homicídio Qualificado - premeditação, imputabilidade, emoção violenta: Parecer*, Separata de Colectânea de Jurisprudência, Tomo 4, Coimbra, 1987;
- , *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1995;
- , "Nótula antes do art. 131º", in *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial - Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- , *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1995;
- , "Sobre o estado actual da doutrina da culpa - 2ª Parte: Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade", in *RPCC*, Ano 2, 1º Fasc. Janeiro-Março, 1992;
- , *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, "Anotação ao art. 131º", in *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial - Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

-----, "Anotação ao art. 132º", in *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial - Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

-----, "Anotação ao art. 133º", in *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial - Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

FARIA, Paula Ribeiro de, "Anotação ao art. 146º", in *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial - Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

FERNANDES, Álvaro, "'Battered woman's defense doctrine': uma interpretação conforme o princípio constitucional da igualdade", in *Temas Criminais: a ciência do Direito Penal em discussão*, org. Denis Sampaio e Orlando Faccini Neto, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014;

FERREIRA, Amadeu, *Homicídio Privilegiado (reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982)*, 3ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2000;

FERREIRA, Maria Elisabete, *Da intervenção do Estado na questão da violência doméstica em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2005;

-----, "Violência Conjugal: que respostas no Direito Português?", in *Prémio Dr. João Lopes Cardoso: trabalhos premiados*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Volume II, Almedina, Coimbra, 2002;

GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela, "Anotação ao art. 131º", in *Código Penal: Parte Geral e Especial com notas e comentários*, Almedina, Coimbra, 2014;

- , "Anotação ao art. 133º", in *Código Penal: Parte Geral e Especial com notas e comentários*, Almedina, Coimbra, 2014;
- GONÇALVES, Manuel Maia, "Anotação ao art. 133º", in *Código Penal Português: anotado e comentado*, 18ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007;
- HENRIQUES, M. Leal; SANTOS, M. Simas, "Anotação ao art. 131º", in *Código Penal Anotado*, Volume 2 - Parte Especial, 3ª Edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2000;
- , "Anotação ao art. 133º", in *Código Penal Anotado*, Volume 2 - Parte Especial, 3ª Edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2000;
- MONTEIRO, Cristina Líbano, "Qualificação e privilegiamento do tipo legal de homicídio: Acórdão do STJ de 5/2/1992", in *RPCC*, Ano 6, Fasc. 1º, Janeiro-Março, 1996;
- NEVES, João Curado, "Homicídio Privilegiado na doutrina e na jurisprudência do STJ", in *RPCC*, Ano 2, Fasc. 2º, Abril-Junho, 2001;
- , *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- NICOLAU, Tatiana Duarte, *O Homicídio em desespero: contributo para o estudo da relevância das emoções em Direito Penal*. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, orientador: Maria Fernanda Palma, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013;
- PALMA, Maria Fernanda de, *Direito Penal - Parte Especial: crimes contra as pessoas*, Lisboa, 1983;
- , "Justificação em Direito Penal: conceitos, princípios e limites", in *Casos e Materiais de Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma [et al.], Almedina, Coimbra, 2000;

- , *A justificação por legítima defesa como problema da delimitação de direitos*, Volume II, AAFDL, Lisboa, 1990;
- , *A justificação por legítima defesa como problema da delimitação de direitos*, Volume I, AAFDL, Lisboa, 1990;
- , "Modelos de relevância das emoções em Direito Penal e a sua relação com diferentes perspectivas filosóficas e científicas", in *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, coord., Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Almedina, Coimbra, 2013;
- , *O princípio da desculpa em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2005;
- PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito Penal II: Os Homicídios*, AAFDL, Lisboa, 2008;
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, "Crime de homicídio privilegiado: Acórdão do TRE de 4/2/1997", in *RPCC*, Ano 8, Fasc. 2º, Abril-Junho, 1998;
- SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado: tipo de culpa e medida da pena - contributo para o estudo da técnica dos exemplos-padrão no artigo 132º do Código Penal*, 3ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2000;
- , "Homicídios em série", in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, org., Maria Fernanda Palma, Teresa Pizarro Beleza, AAFDL, Lisboa, 1998;
- SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial - Crimes contra as Pessoas: crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*, 3ª Edição, actualizada e aumentada, Quid Juris, Lisboa, 2011;

Web-bibliografia

Jurisprudência:

- ✓ Bases Jurídico-Documentais
www.dgsi.pt
- ✓ Supremo Tribunal de Justiça
www.stj.pt

Instituições/Associações:

- ✓ Associação Português de Apoio à Vítima
www.apav.pt
- ✓ Comissão para Cidadania e Igualdade de Género
www.cig.gov.pt
- ✓ UMAR - União de Mulheres Alternativa e Resposta
<http://www.umarfeminismos.org>
- ✓ Observatório Nacional de Violência de Género
<http://onvg.fcsh.unl.pt/index.php>

Jurisprudência

Legítima defesa:

- ✓ Ac. do STJ, de 27/11/2013, P. 2239/11.4JAPRT.P1.S1
- ✓ Ac. do STJ de 12/6/2008, P. 08P1782
- ✓ Ac. do STJ, de 28/5/1997, P. 97P101

Homicídio privilegiado

- **Fundamento do privilegiamento do art. 133º do CP:**
 - Ac. do STJ de 3/7/2014, P. 417/12.8TAPTL.S1
 - Ac. da TRC de 1/2/2012, P. 416/10.4JACBR.C1
- **Compreensibilidade da emoção violenta – critério da proporcionalidade:**
 - Ac. do STJ de 26/11/86; BMJ nºs 361, p. 283
 - Ac. do STJ de 6/1/1988; BMJ 373, p. 264
 - Ac. do STJ e 19/4/1989 BMJ 386, p. 222
 - Ac. do STJ de 20/5/1999, P. 99P363
 - Ac. do STJ de 6/3/2003, P. 02P4406
 - Ac. do STJ de 10/12/2009, P. 36/08.3GABTC.P1.S1.
- **Nexo de causalidade – emoção violenta e crime:**
 - Ac. do STJ de 14/7/2010, P. 408/08.3PRLSB.L2.S1
 - Ac. do STJ de 29/10/2008, P. 08P1309
- **Desespero:**
 - Ac. do STJ de 3/3/2010, P. 6965/07.4TDLSB.L1.A.S1 - 3.ª Secção
 - Ac. do STJ de 7/7/2010, P. 1375/07.6PBMTS.P1.S1 - 3.ª Secção
 - Ac. de 30/4/2009, P. 273/04.0JAPRT.S1 - 5.ª Secção

Todos disponíveis em www.stj.pt
- **Compreensível emoção violenta**
 - Ac. do STJ de 16/10/2003, P. 03P3280

Homicídio conjugal – retaliação:

- Ac. do STJ de 11/6/1987, P. 39009, in BMJ, n.º 368, Julho, 1987
- Ac. do TRE de 12/3/2008, P. 2965/07-1

Anexos

1. Acórdão do STJ de 9/05/1990

Crime de parricídio

Crime de homicídio privilegiado

Suspensão da execução da pena

I. O crime de parricídio, mesmo quando qualificado nos termos do artigo 133.o do Código Penal, deve, em obediência à lei e à justiça, ser punido com um certo rigor, quer pela sua gravidade objetiva quer pelo alarme e intranquilidade que provoca na comunidade quer pela necessidade de prevenção, atenta a frequência com que é praticado nos nossos dias, quer, ainda, pelo respeito que os filhos devem ter pelos pais.

II. Não se justifica a suspensão da execução da pena de dois anos e meio de prisão, imposta pelo crime de parricídio, mesmo quando, em face do especial condicionalismo em que foi praticado, foi punido nos termos do artigo 133.o do Código Penal, porque a aplicação daquela medida não satisfaz, neste caso, as necessidades de reprovação e prevenção.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 9 de Maio de 1990

Processo n.o 40839

ACORDAM no Supremo Tribunal de Justiça:

1. Mediante acusação do Ex.mo agente do Ministério Público, respondeu, em processo comum, com intervenção do tribunal coletivo, na comarca de Oliveira de Azeméis, o arguido António Ferreira da Silva, solteiro, trolha, de 22 anos, com os demais sinais dos autos, tendo sido condenado como autor material de um crime de homicídio privilegiado previsto e punível pelo artigo 133.o do Código Penal na pena de dois anos e meio de prisão, suspensa na sua execução, pelo período de quatro anos, com a condição de se submeter ao acompanhamento do Instituto de Reinserção Social, que apresentará o respetivo plano, nos autos, no prazo de 60 dias.

Outrossim foi condenado a pagar as custas do processo, com 14000\$00 de taxa de justiça e 3500\$00 de procuradoria, bem como a pagar ao Centro Regional de Segurança Social de Aveiro quantia de 15600\$00 de subsídio de funeral.

Declarou-se ainda perdida a arma a favor do Estado.

Inconformado com tal decisão, dela recorreu o Ministério Público alegando em tal douda peça processual:

- Atento o circunstancialismo fáctico dado como provado, não nos merece censura a sua qualificação jurídico-penal e a pena aplicada;
- Tal, porém, não acontece quanto à suspensão da execução da pena;
- A resposta não podia deixar de ser positiva se se devesse atender apenas à moldura da pena aplicada, à personalidade do arguido, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao facto punível, às circunstâncias deste, à intensidade do dolo e à confissão;
- Todavia a lei exige ainda que a censura do facto e a ameaça da pena bastem para satisfazer as necessidades de reprobção e prevenção de futuros crimes;
- E tais necessidades não seriam satisfeitas se se suspendesse a execução da pena; e
- Assim, ao suspender a execução da pena, o tribunal a quo violou o disposto nos artigos 48.o, n.o 2, e 133.o do Código Penal.

Contra motivou o arguido, concluindo pela manutenção do decidido.

Uma vez neste alto Tribunal e depois de auscultado o ínclito representante do Ministério Público, foi proferido o despacho preliminar.

2. Colhidos os vestígios legais, designou-se dia para a audiência e a ela se procedeu com observância do ritual da lei.

Tudo ponderado, cumpre decidir.

Deu o douto tribunal coletivo de Oliveira de Azeméis como provadas as seguintes realidades factuais:

- O arguido é filho da vítima Armando da Rosa e Silva, com quem vivia em comunhão de mesa e habitação, juntamente com a mãe e mais três irmãos de idades compreendidas entre 20 e 6 anos;
- Desde a mais tenra idade do primeiro filho, vinha o pai do arguido – que se embriagava com muita frequência – batendo indiscriminadamente e com violência na mulher e em todos os filhos, com uma grande frequência e violência que quer a família,

quer os vizinhos classificavam de verdadeiro terror, circunstâncias que, com o decorrer dos anos, criou naquela família um verdadeiro estado de «saturação psicológica»;

– No dia 29 de Maio de 1988, da parte da manhã, o arguido e um irmão andavam – por ordem e instruções do pai – a tratar com herbicida uma terra de milho;

– Porém, ao princípio da tarde apareceu ali o pai deles que, a pretexto de que o serviço não estaria a ser feito como desejava, logo ali agrediu um e o outro a pontapé, estando o arguido com uma máquina de sulfatar às costas, que lhe prendia os movimentos;

– Além disso, proibiu-os de saírem nessa tarde de casa e, por isso, um e outro não saíram;

– Cerca das 22 horas, o pai do arguido chegou a casa e, logo junto às escadas que dão acesso à porta de entrada, ordenou que à sua presença viessem os filhos e a mãe destes, o que levou uns e outros a pensar que mais uma vez iriam ser agredidos;

– O arguido recusou-se a sair – bem como os irmãos e mãe que estavam dentro de casa –, mas abeirou-se da porta donde divisou o vulto do pai com um pau de sobreiro na mão;

– Como os filhos não saíssem, o pai do arguido movimentou-se, fazendo crer a estes que vinha ter com eles;

– Perante isto, o arguido entrou em casa, apossou-se de uma espingarda de caça que estava pendurada na parede (a arma descrita no auto de fls. 42), carregou-a com um cartucho que estava numa mesa e regressou com ela a porta;

– No exterior, o pai do arguido continuava a vociferar, ordenando a todos que saíssem;

– E foi então que o arguido, psicologicamente saturado, desesperado, apontou a arma contra o vulto do pai e contra ele disparou um tiro, a cerca de 6 metros de distância, com o que o atingiu diretamente na região torácica;

– Como consequência exclusiva, necessária e direta da agressão, resultaram para o ofendido as lesões corporais descritas nos autos de exame necrópsico de fls. 19, lesões que lhe determinaram, como consequência também exclusiva, necessária e direta, a morte;

– Ao disparar, o arguido representou como consequência possível dessa sua ação a morte de seu pai e, apesar disso, disparou, conformando-se com o resultado letal que veio a verificar;

- O arguido teve de ser socorrido, por várias vezes, em hospitais, por força das agressões sofridas, e perpetradas pelo seu pai, a vítima, que, em Dezembro de 1986, lhe fraturou o braço esquerdo na sequência de uma dessas agressões;
- O arguido tem uma estrutura física débil;
- O arguido tem tido bom comportamento anterior e posterior aos factos, que confessou espontaneamente e com relevo para a descoberta da verdade;
- Tem bom relacionamento com a família e tem boa aceitação no meio social onde está inserido; e
- É trabalhador, desempenhando um papel importante na família, ajudando o seu sustento.

3. Estes os factos dados como assentes e que este alto Tribunal tem de acatar como insindicaíveis, dada a sua qualidade de tribunal de revista.

A primeira tarefa que nos incumbe é, pois, a determinação do seu significado jurídico-criminal.

Antes de mais, seja-nos permitido salientar – e sem que isto que se vai anotar represente qualquer censura aos ilustres subscritores do libelo e do despacho de pronúncia – que achamos estranho que, havendo-se registado, através dos autos (certidão de fls. 24), que o arguido é filho da vítima, se não haja assacado ao arguido a prática do crime de homicídio qualificado previsto e punível pelas disposições combinadas dos artigos 131.o e 132.o, n.os 1 e 2, alínea a), ambos do Código Penal, e se tenha enveredado pelo caminho de se lhe atribuir apenas a prática do crime do artigo 131.o do Código Penal.

Mostra-se, pois, o arguido acusado e pronunciado pela prática de um crime de homicídio simples previsto e punível pelo artigo 131.o do Código Penal.

Determina, assim, tal mandamento:

«Quem matar outrem será punido com prisão de 8 a 16 anos.»

Deu o doutro tribunal coletivo como provado, na parte que interessa, o seguinte contexto fáctico:

- No dia 29 de Maio de 1988, pelas 23 horas, o arguido entrou em casa, apossou-se de uma espingarda de caça que estava pendurada na parede, carregou-a com um cartucho que estava numa mesa e regressou com ela para a porta;

- No exterior, o pai do arguido continuava a vociferar, ordenando a todos que saíssem;
- Foi então que o arguido, psicologicamente saturado, desesperado, apontou a arma contra o vulto do pai e contra ele disparou um tiro, a cerca de 6 metros de distância, com o que o atingiu diretamente na região torácica;
- Como consequência exclusiva, necessária e direta da agressão, resultaram para o ofendido as lesões corporais descritas nos autores de exame necrópsico de fls. 19, lesões que lhe determinaram, como consequência também exclusiva, necessária e direta, a morte; e
- Ao disparar, o arguido representou como consequência possível da sua ação a morte de seu pai e, apesar disso, disparou, conformando-se com o resultado letal que se veio a verificar.

Debruçando-nos sobre a resenha facticial acabada de transcrever, seríamos levados, numa primeira mirada, à conclusão de que o arguido, com a sua conduta – matando o seu próprio pai – desenhou os elementos configurantes de um crime de homicídio qualificado previsto e punível pelas disposições conjuntas dos artigos 131.o e 132.o, n.os 1 e 2, alínea a), do Código Penal.

Na verdade, apurou-se que o arguido matou o seu próprio pai com dolo eventual. Acontece, porém, que não basta a verificação do índice-padrão – o arguido ser filho da vítima – para que, desde logo, se possa aferir da sua censurabilidade ou perversidade.

É de todos sabido que qualquer dos sintomas consignados nas diversas alíneas não são de funcionamento automático.

Torna-se, pois necessário averiguar se, não obstante o índice-padrão, não militam outras circunstâncias com a viabilidade bastante para desmoronar tal indício revelador dessa censurabilidade ou perversidade.

Ora, examinando o panorama factual, atrás descrito, dúvidas não temos no sentido de que se apuraram, à saciedade, diversas circunstâncias que, uma vez conjugadas, nos levam a rematar que está fora de portas a censurabilidade ou perversidade do arguido, por via do facto de ser filho da vítima.

Assim terá apenas cometido e autoria material um crime de homicídio simples previsto no artigo 131.o do Código Penal.

Quid juris?

Prescreve o artigo 133.o do citado Código Penal:

«Será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos quem for levado a matar outrem dominado por compreensível emoção violenta ou por compaixão, desespero ou outro motivo, de relevante valor social ou moral, que diminua sensivelmente a sua culpa.»

Tal disposto penal emoldura a figura jurídica de um crime privilegiado, caracterizado pela existência de um crime de homicídio – que lhe subjaz – em que a moldura penal baixa pela observação e intervenção de determinadas circunstâncias – o arguido ter sido levado a matar subjugado por compreensível emoção violenta ou por compaixão, desespero ou por outro motivo, de relevante valor social ou moral – que diminui apreciavelmente a sua culpa.

Alcança-se, assim que nesta modalidade de crime de homicídio, o seu elemento determinante se traduz na diminuição sensível da sua culpa do agente por virtude não só das circunstâncias no preceito em estudo descritas, mas também de quaisquer outras que revistam relevante valor social ou moral, pois o seu enunciado é meramente exemplificativo.

Finalmente se dirá que este dispositivo legal pode abranger nas suas redes qualquer caso de homicídio, desde, é claro, que o agente o haja perpetrado com sensível diminuição de culpa e por qualquer das circunstâncias focadas seja levado a matar.

Postas estas breves considerações, à laia de proémio, vejamos então quais os pressupostos que a lei penal exige para a sua observação, na parte que ora nos interessa:

1º. Que o agente mate outrem: neste elemento se abrange não só o elemento objetivo, mas também o dolo;

2º. Que o agente atue (seja dominado) em estado de emoção violenta ou desespero;

3º. Que esse estado em que o agente atua seja compreensível, isto é, no sentido de desculpável ou aceitável, face às circunstâncias do momento; e

4º. A existência de um nexo de causalidade entre a emoção violenta ou desespero e a morte de outrem (cfr. com interesse as Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, págs. 28 e segs. e entre outros os acórdãos deste Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Outubro de 1983, 16 de Janeiro de 1985, 28 de Maio de 1986 e 4 de Novembro de 1987, em, respetivamente, Boletim, n.os 331, pág. 357, 343, pág. 189, 357, pág. 254, e 371, pág. 211).

Verificar-se-ão todos eles no caso dos autos?

Relembremos a matéria fáctica dada como assente:

– Desde a mais tenra idade o arguido, vinha o pai deste – que se embriagava com muita frequência – batendo indiscriminadamente e com violência na mulher e em todos os filhos, com uma grande frequência e violência, que quer a família, quer os vizinhos classificavam de verdadeiro terror, circunstância que, com o decorrer do tempo, criou naquela família um verdadeiro estado de «saturação psicológica»;

– No dia 29 de Maio de 1988, da parte da manhã, o arguido e um seu irmão andavam – por ordem e instruções do pai – a tratar com herbicida uma terra de milho;

– Porém, ao princípio da tarde, apareceu ali o pai deles, que, a pretexto de que o serviço não estaria a ser feito como desejava, logo ali agrediu um e outro a pontapé, estando o arguido com uma máquina de sulfatar às costas, que lhe prendia os movimentos;

– Além disso, proibiu-os de saírem nessa tarde de casa e, por isso, um e outro não saíram;

– Cerca das 22 horas, o pai do arguido chegou a casa e, logo junto às escadas que dão acesso à porta da entrada, ordenou que à sua presença viessem os filhos e a mãe destes, o que levou uns e outros a pensar que mais uma vez iriam ser agredidos;

– O arguido recusou-se a sair – bem como os irmãos e a mãe que estavam dentro de casa – mas abeirou-se da porta donde divisou o vulto do pai com um pau de sobreiro na mão;

– Como os filhos não saíssem, o pai do arguido movimentou-se fazendo crer a este que vinha ter com estes;

– Perante isto, o arguido entrou em casa, apossou-se de uma espingarda de caça, carregou-a com um cartucho e regressou com ela para a porta;

– No exterior o pai do arguido continuava a vociferar, ordenando a todos que saíssem;

– E foi então que o arguido, psicologicamente saturado, desesperado, apontou contra o vulto do pai e contra ele disparou um tiro, a cerca de 6 metros de distância, com o que o atingiu diretamente na região torácica;

– Produzindo-lhe como consequência direta e necessária as lesões descritas no exame necrópsico, que lhe ocasionaram necessariamente a morte;

– O arguido representou como consequência possível dessa sua ação a morte de seu pai e, apesar disso, disparou, conformando-se com o resultado letal que se veio a verificar;

– O arguido tem uma estrutura débil; e

– O arguido teve de ser socorrido, por várias vezes, em hospitais, por força das agressões sofridas e perpetradas pelo seu pai, que, em Dezembro de 1986, lhe fraturou o braço esquerdo na sequência de uma dessas agressões.

Ora, fazendo incidir a nossa atenção sobre os acontecimentos de facto que acabamos de retratar, deles somos forçados a inferir, sem qualquer sombra de dúvida, que no condicionalismo de tempo, lugar e modo referenciados, o arguido:

- Matou voluntariamente o seu pai;
- Atuou em estado de emoção violenta e de desespero;
- Estado esse compreensível, para as circunstâncias do momento; e
- Que o levou, como consequência necessária, a causar e tirar a vida ao seu próprio pai.

Preenchidos se mostram, assim, os predicados que a lei penal exige para a verificação da figura jurídica de que nos ocupamos.

Constitui-se, pois, o arguido autor material de um crime de homicídio simples previsto e punível pelas disposições combinadas dos artigos 131.o e 133.o, ambos do Código Penal, no que, aliás, todos se acham de acordo, nomeadamente o ilustre recorrente.

4. Qualificados juridicamente os factos, passemos, sem mais delongas, ao aspeto dosimétrico da pena a aplicar.

Neste ponto, há que ter sempre presente que a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes e todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor do agente ou contra ele (cfr. artigo 72.o do Código Penal).

Os limites mínimo e máximo da pena aplicável, em abstrato, situam-se, como vimos, em 1 ano e 5 anos de prisão.

Elevado se mostra o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste – a utilização de uma espingarda, meio gravemente perigoso – nada abona o seu agente, e gravíssimas foram as consequências do acontecimento.

O arguido atuou com dolo eventual, com gravidade inferior ao dolo direto.

Tinha bom comportamento anterior e posterior aos factos, de relevo modesto, dada a idade do arguido – 20 anos – ao tempo do acontecimento do crime (fls. 14).

Confessou ele espontaneamente os factos e com relevo para a descoberta da verdade.

Tem bom relacionamento com a família e tem boa aceitação no meio social em que vive.

É trabalhador, desempenhando um papel importante na família, ajudando o seu sustento.

Ora, ponderando todos estes ingredientes de facto, somos de parecer que a sanção com que o acórdão da 1.^a instância estigmatizou o criminoso comportamento do arguido – dois anos e meio de prisão – embora nela reconheçamos uma certa dose de benevolência, deve a mesma ser confirmada, até porque todos os intervenientes no processo, designadamente o digno apelante, a ela prestam jus, dando-lhe a sua adesão.

E igual confirmação nos merece o demais decidido, no aspeto fiscal, perdimento da arma a favor do Estado e condenação do arguido a pagar ao Centro Regional de Segurança Social de Aveiro a quantia de 15600\$00.

5. E, com isto, eis-nos chegados, para finalizar, ao aspeto nuclear do recurso, ou seja, ao problema da suspensão da execução da pena imposta, pelo período de quatro anos, que o acórdão apelado decretou e que o digno magistrado recorrente – por a tal posição não aderir – impetra seja revogada.

Fazendo uma profunda meditação sobre complexo fáctico dos autos emergente, o nosso espírito inclina-se para a posição sufragada pelo ilustre magistrado recorrente, pela seguinte ordem de considerações:

Em primeiro lugar, mau grado se terem provado circunstâncias especiais referidas a propósito da qualificação jurídica dos factos e da mensuração da medida da pena, o certo é, em nosso entender, não se mostram com viabilidade bastante para, com base nelas, concluirmos que, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao facto punível, e às circunstâncias deste, que a simples censura do facto e a ameaça da pena bastarão para afastar o arguido da criminalidade e, fundamentalmente, satisfazer as necessidades de reprovação e prevenção do crime.

E esta dúvida em que nos encontramos seria o bastante para a não decretação de tal medida de clemência, visto tratar-se de um *conditio sine qua non* do instituto em apreciação, nos termos do artigo 48.º, do Código Penal.

Em segundo lugar, porque não podemos olvidar que, não obstante o condicionalismo em que ocorreu, não se trata de um crime de homicídio vulgar, mas antes de um crime ainda mais grave, atenta a qualidade da vítima em relação ao seu agente, ou mais cruamente, um parricídio.

Ora, através da história penal, tal delito foi sempre punido com maior aspereza, na medida em que, tirando o filho a vida ao pai, ficava colocado numa autêntica situação de haver cometido um verdadeiro sacrilégio jurídico, de modo que nenhuma circunstância poderia atenuá-lo, verificadas que fossem determinadas circunstâncias.

Modernamente, embora hoje o problema já não se coloque em tais termos extremos, o certo é que continua a ser sancionado com uma certa austeridade pela lei penal.

Em suma:

Quer pela sua gravidade, quer pelo alarme e intranquilidade que causa à comunidade, quer pela necessidade de prevenção, atenta a frequência com que é perpetrado, nos nossos dias, quer pelo respeito que os filhos devem ter pelos pais, quer finalmente em obediência à lei e à justiça, deve o crime dos autos, não obstante a contingência em que deflagrou, mesmo assim, ser reprimido com um certo rigor, que, na nossa opinião, não se compadece com a indulgência a que se refere o artigo 48.º do Código Penal.

Pelas invocadas razões, procede a pretensão deduzida pelo Ministério Público.

6. Desta sorte e pelos expostos fundamentos, decidem os juízes deste Supremo Tribunal de Justiça conceder provimento ao recurso e, consequentemente, revogar o douto acórdão recorrido, no ponto da declaração da suspensão da execução da pena, medida que se afasta, confirmando-o no demais.

O Recorrido pagará de taxa de justiça 3 UCs e de procuradoria ¼ dessa taxa.

Lisboa, 9 de Maio de 1990.

Ferreira Dias (Relator) – Maia Gonçalves – Frederico Carvalhão – José Saraiva.

DECISÃO IMPUGNADA:

Acórdão de 30 de Outubro de 1989, do Círculo Judicial de Oliveira de Azeméis.

I. Sobre as questões que se suscita a figura jurídica do crime de homicídio privilegiado do artigo 133.º do Código Penal, ver Jornadas de Direito Criminal, edição do Centro de Estudos Judiciários, Base I, págs. 354 e 355, Conferência do Dr. Lopes

Rocha, intitulada «A Parte Especial do novo Código Penal», a edição do mesmo Código organizada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (1983), na Revista do Ministério Público, vol. 15, pág. 59, e Código Penal Português Anotado, 1986, de Maia Gonçalves.

II. Sobre a matéria inserida na segunda proposição do sumário, não foi encontrada qualquer decisão recente do Supremo Tribunal de Justiça.

(M.G.D)

2. Acórdão do STJ de 7/05/2009

Processo:	09P0579
Nº Convencional:	JSTJ000
Relator:	SOUTO DE MOURA
Descritores:	HOMICÍDIO ASSISTENTE LEGITIMIDADE INTERESSE EM AGIR
Nº do Documento:	SJ200905070005795
Data do Acórdão:	07-05-2009
Votação:	MAIORIA COM 2 VOTOS DE VENCIDO
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	RECURSO PENAL
Decisão:	NEGADO PROVIMENTO

Sumário:

I - O princípio da oficialidade, que domina o nosso processo penal, faz do MP o detentor da ação penal, assumindo a queixa, ou a constituição de assistente e a dedução de acusação particular, a natureza de condições de procedibilidade, nos casos em que são exigidas para que haja procedimento criminal.

II - Por outro lado, a realização dos fins das penas é de interesse público, e está ao serviço, mesmo no caso dos crimes semi-públicos e particulares, de toda a comunidade. Não é uma pretensão que se identifique só ou prevalentemente com o interesse da vítima, do

ofendido, ou de quem os represente. Daí que, desse carácter público do *ius puniendi*, se tenha que fazer eco o próprio processo penal.

III -O que dito fica não obsta a que o nosso sistema tenha integrado uma componente acusatória particular, através do assistente, mas que surge necessariamente numa posição subordinada em relação ao MP, e é apresentado como colaborador deste. Ou seja, como auxiliar do MP, na prossecução das finalidades que compete a este levar por diante, sob pena de se postergar o princípio da oficialidade acima invocado.

IV -É o que consagra o art. 69.º do CPP, no seu n.º 1, certo que se previnem aí situações pontuais, em que o assistente pode atuar com autonomia em relação ao MP. É o caso da hipótese da al. c) do n.º 2 do preceito, em que se permite a interposição de recurso por parte do assistente, desacompanhado do M.º P.º, das decisões que o afetem.

V - O art. 401.º do CPP refere-se, no seu n.º 1, à legitimidade dos vários sujeitos processuais para recorrer e, no seu n.º 2, distingue esta legitimidade do interesse em agir. Afirmar então que “Não pode recorrer quem não tiver interesse em agir”. A propósito deste normativo, o Acórdão 9/99 do Pleno deste STJ, de 30-10-97 (DR II Série - A, de 10-08-99), considerou que “O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir”.

VI -Não pode evidentemente extrair-se desse assento, a contrario, que haveria sempre interesse em agir, não estando em causa a espécie e medida da pena.

VII - Enquanto que a legitimidade do assistente se avalia para efeito de recurso, à partida, face ao seu posicionamento no processo perante a decisão proferida, assumindo pois um carácter mais subjetivo e formal, o interesse em agir resultará da análise da pretensão do recorrente, em concreto, quando confrontada com a respetiva necessidade ou indispensabilidade para fazer vingar um direito ou interesse seu. Em matéria de legitimidade averiguamos quem pode recorrer, e no domínio do interesse em agir apreciamos que interesse tem a pessoa que quer recorrer, em interpor aquele concreto recurso. É dizer, averiguamos se o direito ou interesse prosseguido pelo assistente é atendível para o efeito, tendo em conta o respetivo estatuto processual e, no limite, aquilo que se pretende com a punição.

VIII - A jurisprudência não tem, a este respeito, sido uniforme, e pode na verdade exigir-se, numa posição mais restritiva, que o assistente tem que demonstrar que só através do recurso assegura a tutela de um direito subjetivo seu. No extremo oposto estarão todos quantos entendem que a simples discordância do assistente em relação à justiça da decisão

lhe atribui a possibilidade de recorrer confundindo-se legitimidade com interesse em agir. A nosso ver, a solução deverá situar-se, partindo da análise do caso concreto, num campo em que se evite a transposição pura e simples, para o domínio penal, da doutrina civilística dos pressupostos processuais, mas obviando também à subversão do princípio da oficialidade do processo penal bem como do papel do MP.

IX - O sancionamento penal dos delinquentes satisfaz um interesse coletivo que compete ao MP prosseguir. Não existe um direito pessoal público do assistente a uma certa punição, como única forma de reparação moral sua, de tal modo que lhe fosse permitido exigir determinada prestação do tribunal na satisfação desse desiderato. Prestação que se cifraria numa decisão, em que se considerassem provados certos factos, que implicassem certa qualificação, e a aplicação de certa pena, pretendida pelo assistente.

X - Se a punição do arguido está dominada por um interesse público, não pode competir ao assistente ser ele o intérprete do interesse coletivo, designadamente se conflitar com a posição assumida a esse respeito pelo M^oP^o. No que contende com o cerne do ius puniendi do Estado, o assistente não pode pois deixar de estar subordinado ao MP.

XI - Daí que, sempre que o assistente pretenda recorrer desacompanhado do MP, não interesse tanto discriminar as situações em que terá um interesse em agir relevante (na linha do assento, concreto e pessoal), mas tão só excluir da possibilidade de recurso aquelas situações em que o assistente se confina ao interesse geral da justiça da punição do delincente, porque esse é um interesse coletivo, e não pessoal, seu. Assistente que nestes autos, sublinhe-se nem sequer foi vítima do crime.

Decisão Texto Integral:

Na Vara de Competência Mista do Tribunal da Comarca de Braga, em processo comum com o nº 282/07.7 JABRG, e em tribunal coletivo, AA, viúva, nascida a 09/07/1963, natural e residente em Braga, foi condenada a 13/6/2008, entre o mais, pela prática do crime de homicídio do artº 131º do C.P., na pena de nove anos de prisão. Interpôs recurso da decisão, para o Tribunal da Relação de Guimarães, a assistente e sogra da arguida, de seu nome BB, recurso esse restrito a matéria de facto. Em decisão de 24/11/2008, o Tribunal da Relação de Guimarães considerou improcedente o recurso interposto pela assistente. É desta decisão que agora recorre para este S.T.J..

A – DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A matéria de facto dada por provada foi:

“A arguida casou com CC no dia 17 de Agosto de 1986.

Cerca de um ano e meio após o casamento, CC manteve relações sexuais de coito anal com a arguida contra a vontade dela, causando-lhe humilhação e repulsa.

Desde então, a arguida passou a manifestar obsessão com a sua higiene pessoal, mormente com a higiene íntima, lavando-se constantemente.

O comportamento da arguida, de se lavar repetidamente, desagradava a CC o e era para ele incompreensível, por isso, passou a vigiá-la sempre que ela se deslocava à casa de banho, condicionando-lhe o acesso a tal compartimento da casa, cuja porta fechava com chave, e, quando a arguida fazia uso da casa de banho, ele vigiava-a nesse uso ou então encarregava a filha mais velha de o fazer. Chegou a partir o bidé e a inutilizar as respetivas torneiras, para a impedir de se lavar.

A arguida sentia-se humilhada, oprimida e invadida na sua privacidade, em consequência da descrita atuação de CC.

A partir de Fevereiro de 1989, passou a ser seguida em consulta externa de psiquiatria, sendo-lhe diagnosticada neurose obsessivo-compulsiva.

Entretanto, as desavenças entre o casal eram frequentes e, em várias ocasiões, no decurso de discussões ocorridas no interior da habitação, CC atingiu a arguida em várias partes do corpo, causando-lhe diversas lesões físicas. Por várias vezes, a arguida recorreu ao hospital para receber tratamento médico às lesões por ele causadas, como sucedeu em Março de 1995 por ter sido atingida no olho direito e em Março de 2000 no punho direito e cotovelo esquerdo, bem como em Fevereiro de 2006 por virtude de lesões na perna esquerda e em Dezembro de 2006 na mama direita (cf. fls. 368, 374, 387 e 388).

Pretendendo atenuar o sofrimento que lhe causava o comportamento de CC, a arguida passou a ingerir bebidas alcoólicas de modo descontrolado e compulsivo, sendo-lhe diagnosticado alcoolismo secundário.

A partir de então, CC passou a acompanhá-la sempre que ela saía de casa, levando-a ao local de trabalho e indo buscá-la de regresso a casa.

Após a arguida ter rescindido o seu contrato de trabalho, em finais de 2006, CC passou a exigir que aquela o acompanhasse para os locais onde ele se deslocava em trabalho, para evitar que ficasse sozinha, ou então deixava-a em casa dos pais, incumbindo a filha mais velha do casal de vigiar a mãe e de não a deixar sair de casa.

Quando necessitava de se deslocar ao cabeleireiro ou a alguma loja comercial, a arguida era sempre acompanhada de CC ou da filha mais velha.

Ao agir do modo descrito, CC pretendia controlar todos os movimentos da arguida, bem como os contactos dela com colegas de trabalho e com outras pessoas que conhecesse.

Para a vexar e humilhar, por causa do alcoolismo, CC chamava à arguida “bêbada”, sempre que discutiam dentro de casa, inclusivamente, na presença das filhas.

A arguida sentia-se constrangida e coartada na sua liberdade de movimentos, além de humilhada, em consequência da conduta de CC.

Recorreu a tratamento médico hospitalar por virtude da ansiedade e depressão motivadas pela deterioração do relacionamento conjugal e, por vezes, associadas a abusos alcoólicos, nomeadamente em Dezembro de 2001, Maio de 2003, Junho de 2003 e Abril de 2004 (cf. fls. 375, 379, 380, 382). Chegou a manifestar ameaças de suicídio, nomeadamente em Junho de 2003, tendências que já não revelava em Fevereiro de 2007 (cf. fls. 380 e 390).

Sofreu dois internamentos na Casa de Saúde do Bom Jesus, em Fevereiro de 2003 e em Fevereiro de 2007, com o diagnóstico de neurose obsessivo-compulsiva e alcoolismo secundário (cf. fls. 378, 390 e 396).

Por várias vezes, confidenciou a familiares e amigos, a degradação do relacionamento conjugal, sem pormenorizar todas as situações supra descritas, obtendo daqueles disponibilidade para a aconselharem e apoiarem na decisão que entendesse tomar.

A arguida manifestou, por mais de uma vez, vontade de se divorciar e chegou a consultar um advogado para esse efeito, mas acabou por desistir, em virtude de ser pressionada pelo marido para não concretizar aquele propósito. Todo o descrito comportamento de CC dirigido à arguida repetiu-se e prolongou-se até 3 de Agosto de 2007.

No dia 3 de Agosto de 2007, cerca das 21.30h, no interior da residência do casal, sita na Rua, n.º ..., Montélios, Braga, no momento em que ambos se encontravam na cozinha, ocorreu uma discussão entre a arguida e o seu marido, motivada pelo facto de CC ter encontrado no saco do lixo uma garrafa de vinho que estava vazia, atribuindo à arguida o consumo desse vinho, o que ela não admitiu.

No decurso da discussão, CC agarrou a garrafa vazia e levantou-a, dizendo à arguida que a espetava na cabeça dela.

Além disso, chamou-lhe “bêbada” e dirigiu-lhe as expressões: “puta” e “vaca”, repetidamente, causando à arguida vexame e humilhação.

De seguida, CC deslocou-se ao hall situado ao lado da cozinha, onde tinha o seu telemóvel, contactando, de imediato, a filha mais velha do casal, a qual se tinha ausentado após o jantar juntamente com a irmã. E, de forma a ser ouvido pela arguida, disse à filha para regressar a casa porque a mãe estava outra vez “bêbada”.

Perante essa atitude de CC, a arguida ficou revoltada em virtude de não se sentir embriagada, considerando injusta a imputação de embriaguez, e sentiu-se, mais uma vez, humilhada por ser reputada alcoólica pelo marido diante da filha.

Neste contexto, a arguida decidiu tirar a vida a CC e, com tal propósito, dirigiu-se à sala, para se munir do revólver, que sabia ali encontrar, pronto a disparar, no interior de uma carteira a tiracolo pertencente ao marido.

Retirou da carteira e empunhou o revólver de calibre 32 mm, carregado com seis munições, dirigindo-se de imediato a CC que, entretanto, se deslocara à despensa anexa à cozinha.

Aproximou-se do local onde se encontrava CC sem que o mesmo se apercebesse da sua presença e, no momento em que ele estava na despensa, junto da entrada e voltado para o seu interior, com a parte lateral esquerda do corpo virado para a arguida, esta, sem lhe dirigir a palavra, visando atingi-lo mortalmente, disparou, a uma distância de cerca de um metro, seis tiros na direção dele, atingindo-o na zona do tórax e provocando-lhe de imediato hemorragia.

Aquando do primeiro disparo, CC apercebeu-se da intenção da arguida e da proximidade da morte, tendo-lhe ainda dirigido a expressão: “Oh Nela!”.

A despensa supra referida tem 90 cm de profundidade e 230 cm de largura, está dotada de prateleiras, não dispondo de porta mas apenas de uma abertura com cerca de 80 cm de largura.

Em consequência direta e necessária dos disparos, CC sofreu as lesões a seguir descritas, localizadas na zona do tórax:

- na região escapular esquerda, a dezasseis centímetros do ráquis (medidos na horizontal), a oito centímetros do bordo superior do músculo trapézio (medidos na vertical), com os diâmetros máximos de sete por oito milímetros, com orla de contusão associada, disposta de modo ligeiramente excêntrico (maior para baixo), com a maior largura de um milímetro, seguido de trajeto penetrante (definindo um trajeto de trás para a frente, da esquerda para a direita e de baixo para cima) originada por orifício, de forma arredondada, de entrada de projétil de arma de fogo;

- na parte anterior da raiz do membro superior esquerdo, a oito centímetros da articulação acrômio-clavicular (medidos na vertical), com os diâmetros máximos de cinco por quinze milímetros, com orla de contusão associada, disposta de modo ligeiramente excêntrico (maior para baixo), com a maior largura de um milímetro, seguido de trajeto penetrante (definindo um trajeto da esquerda para a direita, ligeiramente da frente para trás e de cima para baixo) originada por orifício, de forma ovoide, de entrada de projétil de arma de fogo;

- na parte lateral do hemitórax esquerdo, ao nível da linha axilar anterior, a sete centímetros do rebordo costal inferior (medidos na vertical), com as máximas dimensões de doze por catorze milímetros, com orla de contusão associada, disposta de modo ligeiramente excêntrico (maior para baixo), com a maior largura de três milímetros, seguido de trajeto penetrante (definindo um trajeto da esquerda para a direita, ligeiramente da frente para trás e de cima para baixo) originada por orifício, de forma irregular, de entrada de projétil de arma de fogo;

- na parte lateral do hemitórax esquerdo (para trás e ligeiramente para baixo do anterior), ao nível da linha axilar média, a quatro centímetros do orifício anterior (medidos a cerca de quarenta e cinco graus), com os diâmetros máximos de oito por dez milímetros, com orla de contusão associada, disposta de modo aproximadamente concêntrico, com a largura de um milímetro, seguido de trajeto penetrante (definindo um trajeto de esquerda para a direita, ligeiramente da frente para trás e de cima para baixo) originada por orifício, de forma ovoide, de entrada de projétil de arma de fogo.

Tais lesões foram causa direta e necessária da sua morte, através de um choque hemorrágico provocado pela laceração da aorta, verificada pelas 22horas e 05minutos do mesmo dia 3 de Agosto de 2007.

Em consequência direta e necessária dos disparos sofreu ainda CC, na zona dos membros superiores, as lesões que a seguir se descrevem:

- na parte antero-lateral do terço médio do braço esquerdo, a dezanove e meio centímetros da articulação acrômio-clavicular (medidos na vertical), com os diâmetros máximos de seis por dezasseis milímetros, com orla de contusão associada, disposta de modo ligeiramente excêntrico (maior para baixo), com a maior largura de quatro milímetros, seguido de trajeto penetrante (definindo um trajeto ligeiramente da frente para trás, da esquerda para a direita e de baixo para cima) originada por orifício, de forma ovoide, de entrada de projétil de arma de fogo;

- na parte posterior do terço superior do antebraço esquerdo, a dez e meio centímetros do cotovelo (medidos na vertical), com os diâmetros máximos de cinco por seis milímetros, com orla de contusão associada, disposta de modo ligeiramente concêntrico, com a largura de dois milímetros, seguido de trajeto penetrante (definindo um trajeto de trás para a frente e de baixo para cima) originada por orifício, de forma arredondada, de entrada de projétil de arma de fogo;

- na parte ântero-interna do cotovelo esquerdo, com as máximas dimensões de quinze por dezanove milímetros, originada por orifício, de forma irregular, de saída de projétil de arma de fogo;

- na parte anterior do terço superior do antebraço esquerdo (a cinco e meio centímetros da prega do cotovelo, medidos na vertical), com as máximas dimensões de dez por catorze milímetros, originada por orifício, de forma irregular, de saída de projétil de arma de fogo;

- na parte pôsterior-interna do terço superior do antebraço esquerdo (a seis centímetros do cotovelo, medidos a cerca de quarenta e cinco graus), com as máximas dimensões de oito por treze milímetros, originada por orifício, de forma irregular, de saída de projétil de arma de fogo;

- escoriação, de forma irregular, localizada na parte anterior do terço inferior do braço esquerdo, com as máximas dimensões de nove por onze milímetros.

Apesar da doença do foro psiquiátrico de que padece e de, momentos antes dos disparos, ter ficado perturbada com a atitude de CC e com as palavras por ele proferidas alusivas ao alcoolismo, a arguida estava ciente da ilicitude do ato que praticava ao disparar, nas circunstâncias apuradas, em direção ao corpo dele.

Agiu voluntária, livre e conscientemente, com o propósito concretizado de tirar a vida a CC, disparando, a uma distância de cerca de um metro, seis tiros que o atingiram na zona do tórax, onde sabia que se alojam órgãos vitais.

Tinha perfeito conhecimento de que a sua conduta era proibida e punida por lei.

Confessou a sua apurada conduta.

Não tem antecedentes criminais.

Na data dos factos não exercia atividade profissional.

Concluiu o 11.º ano de escolaridade.

Trabalhou numa empresa têxtil, durante alguns meses após ter deixado de estudar.

Posteriormente trabalhou como escriturária, durante cerca de 20 anos e até finais de 2006.

Após a ocorrência dos factos as filhas da arguida passaram a integrar o agregado familiar dos avós maternos.

Foi apreendido o revólver utilizado pela arguida e pertencente a CC, de marca “Smith & Wesson”, calibre 32, com o número de série “0000000”, contendo os seis invólucros deflagrados com os dizeres “000000000”.

No interior da residência da arguida foram igualmente apreendidos:

- uma espingarda de caça, de calibre 32, da marca “Pietro Berretta” com o número 0000000 pertencente a CC;
- 22 cartuchos de calibre 12, da marca “RIO”, pertencentes a CC;
- os dois livretes de manifesto do revólver e da espingarda;
- a licença de uso e porte de arma de defesa e a carta de caçador de CC.
- na garagem da mencionada residência, dentro do porta-luvas do veículo de CC e também a ele pertencentes foram apreendidos:
 - 50 cartuchos de calibre 12 com referência “Flash Tordo”;
 - 25 cartuchos de calibre 12, com referência “Mirage”;
 - 34 cartuchos de calibre 12 com referência “Flash Tordo”;
 - 8 cartuchos de calibre 12, com referência “Red Star”;
 - 4 cartuchos de calibre 12 com referência “RIO”;
 - 2 cartuchos de calibre 12 com referência “SAGA”;
 - 5 munições de calibre .32 com as referências “FC32H&R MAG”.

//

O ISS-IP/CNP pagou às filhas do beneficiário CC, DD e EE, a quantia global de 2.387,16€, a título de subsídio por morte e a quantia global de 2.347,25€, correspondente a pensões de sobrevivência.”

B – RECURSO PARA O TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

No recurso que interpôs, a assistente apresentou, à guisa de conclusões, as seguintes considerações:

“A) Como se sabe, a regra de cindibilidade, ou de limitação do recurso (fórmula genérica de cindibilidade prevista no art.º 403.º do C.P.P.) é uma regra que se justifica, não por uma qualquer razão de " economia processual" ou pelo reconhecimento de um qualquer" núcleo saudável", mas por ser juridicamente imposta face à estrutura da decisão

judicial, que assenta numa lógica de separação entre fundamentos da declaração de culpabilidade e fundamentos da determinação da sanção (neste sentido, José Manuel Damião da Cunha, " O Caso Julgado Parcial..."publicações Universidade Católica, p. 709).

Neste sentido, a limitação do recurso afigurar-se, não como meramente possível, mas como necessária. Ou seja, quando o recorrente fundamenta o recurso, está obrigado a definir o âmbito do recurso. De resto, isto decorre dos próprios preceitos: com efeito, o art.º 402º, do CPP, diz que o recurso interposto de uma decisão abrange toda a decisão (portanto, independentemente do fundamento, os poderes de cognição do tribunal de recurso abrangem toda a decisão), ressalvando, no entretanto, o que vem previsto no artigo seguinte, o que implica, exatamente, o que de acaba de dizer. Só assim, o n.º 3 do art. 403.º do CPP vem lograr sentido.

B) Em consequência do exposto, a recorrente/assistente apenas recorre da matéria de facto.

C) A assistente tem legitimidade para interpor recurso desacompanhada do Ministério Público relativamente á matéria de facto na medida em que:

1- Neste restrito contexto, o princípio da "oficiosidade" da acusação será sempre respeitado, e neste âmbito, não se poderá colocar em dúvida a subordinação do assistente face ao MP;

2- Um recurso da matéria de facto, interposto pela assistente respeita o princípio da acusação, sendo ainda suportável nos quadros de uma colaboração com o MP.

3- Tal recurso da matéria de facto, não vai contra a doutrina sustentada no assento n.º 8/99, de 30/10/97.

4- Não se está face a mero desejo de vindicta privada, nas palavras do assento acima referido.

5- No domínio do processo penal, a legitimidade para recorrer é uma posição de alguém dentro das categorias previstas no art.º 401.º, n.º 1, do CPP (em regra um sujeito processual) que, confrontado com uma decisão judicial lhe permite impugnar tal decisão por via de recurso.

6- Ora, tem interesse em agir para efeitos de recurso quem tiver necessidade deste meio de impugnação para defender um seu direito (cf. Gonçalves da Costa, Jornadas de Direito Processual Penal, pág. 412).

7- Por outro lado, atuando a assistente em representação dos filhos menores da arguida e da vítima, seus netos, não pode deixar de se considerar que têm interesse em

agir, na medida em que da condenação da arguida podem resultar efeitos a nível sucessório - a arguida poderá ser privada da sua capacidade sucessória (art.º 2034º, al.a), do CC) - e a nível de direito de família - a condenação da arguida poderá eventualmente relevar para efeitos de inibição ou limitação do exercício do poder paternal (art. 1915.º do CC).

8- No caso, a constituição de assistente verificou-se já com a acusação deduzida (o mandatário da assistente só foi contactado e juntou procuração a escassos 5 dias do julgamento) mas daí não resulta qualquer obstáculo ao exercício dos direitos que a lei confere aos assistentes, incluindo o direito de recorrer, tendo os mesmos apenas que se conformar com a acusação deduzida pelo MP.

9- Saber se à assistente lhe assiste razão na impugnação da matéria de facto e naturalmente da decisão da 1ª instância é matéria que respeita ao mérito do recurso, não podendo essas razões ser convocadas como fundamento de ilegitimidade para recorrer.

D) Relativamente ao recurso " propriamente dito", o acórdão recorrido, no que diz respeito à fundamentação e na vertente da matéria de facto provada, a fls. 672, dá como provado: "cerca de um ano e meio após o casamento, CC manteve relações sexuais de coito anal com a arguida contra a vontade dela, causando-lhe humilhação e repulsa". Tal facto levado ao elenco dos factos provados baseou-se nas declarações da arguida (v. Fls. 681 do acórdão).

Não tem a suportá-lo outras declarações ou outro tipo de prova, somente as declarações da arguida, que sublinhe-se é uma doente que sofre de alcoolismo.

A arguida diz-se vítima de relações sexuais de coito anal após ano e meio de casamento.

Acrescente-se que a arguida casou em 1986, conforme consta do processo.

Como se sabe em direito processual penal, o arguido pode, não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, como pode prestar declarações ou até não dizer a verdade sobre o que lhe perguntado, exceto quanto aos seus antecedentes criminais (art.º 61, n.º 1, al c) do CPP).

Existem, determinadas cautelas, devido às características pessoais de quem as produz (as declarações) que têm de ser valorados com uma maior e redobrado cuidado que se põe num caso de simples declarações de qualquer outro declarante ou testemunha. Ora, no caso da arguida, as suas declarações não podem ser vistas de um ponto de vista asséptico e imparcial.

Precisamente é preciso apurar e analisar valorativamente as suas declarações a fim de comprovar se é realmente certo o que afirma, ou pelo contrário as suas declarações foram impulsionadas ou motivadas por algum motivo espúrio de ressentimento, de vingança, de ódio, etc.

Ora, no presente caso, em matéria de valoração das declarações produzidas pela arguida, terá de ser acompanhadas por outras provas ou indícios objetivos que corroborem, a sua credibilidade e dissipem a inicial suspeita objetiva de parcialidade (neste sentido, Carlos Climent Durán "La Prueba Penai" 2º ed, tomo 1, pág. 213).

Tal precaução é mais saliente, neste caso, que pelas suas especiais características (denúncia de um ato sexual violento) não se conta com mais prova direta de que o próprio testemunha da arguida.

Por isso, a jurisprudência espanhola enumera alguns pontos ou critérios valorativos aplicáveis (veja-se as sentenças do Tribunal Supremo espanhol n.º 229/2000, de 19/2 e 1773/2002 de 28/10, citados na obra acima citada de Carlos Climent Dúran "La Prueba Penal"pág. 219.

Assim, e em tal depoimento que a arguida diz ser vítima de uma agressão sexual, para reunir e merecer uma razoável credibilidade como prova, atuando dentro dos parâmetros de uma estrutura racional do processo valorativo são necessários:

- A ausência de incredibilidade subjetiva, que pode resultar de suas características e das circunstâncias pessoais nomeadamente:

- Suas próprias características físicas e psico-orgânicas e a incidência em que a credibilidade das suas afirmações podem ter algumas vezes certos transtornos mentais e enfermidades como o alcoolismo e a dependência de droga, etc.

- A inexistência de motivos espúrios que podem resultar de tendências fantasiosas ou tabuladoras da vítima (aqui arguida) como um possível motivo impulsionador das suas declarações, ou de prévias relações acusado-vítima, denotadoras de motivação de ódio, ressentimento, vingança ou inimizade que perturbem a sinceridade da declaração, tornando-se de duvidosa credibilidade e criando um estado de fundada suspeita incompatível com a formação de uma convicção inculpatória sobre bases firmes;

- Verosimilhança do testemunho/declaração baseada na lógica da sua declaração e apoiada suplementarmente em dados objetivos. Isto supõe:

- Que a declaração não seja insólita e que não seja objetivamente inverosímil pelo seu próprio conteúdo.

- A declaração há de estar rodeada de corroborações periféricas de carácter objetivo endo-processual ou extra- processual; pelo que supõe que o próprio facto e a sua existência esteja apoiada em dados estranhos à pura manifestação subjetiva do declarante p. ex. por declarações de conhecimento prestada por pessoas exteriores ao processo, p. ex. testemunhas, lesões, perícias médicas, etc.

Estes critérios valorativos são simplesmente critérios orientadores, para que o tribunal possa realizar uma adequada crítica do testemunho da própria arguida, neste campo sensível. Assim, o alcoolismo que padece a arguida é um fator a ponderar no momento do seu testemunho, vem a sua personalidade, padecendo de um desequilíbrio e instabilidade emocional, derivando que a credibilidade do seu testemunho tem fases de intermitência, desenvolvendo toda uma série de inexatidões e incoerências que se refletem nas suas declarações. Aliado ao facto de ausência de corroborações objetivas periféricas, como por exemplo, exames clínicos, depoimentos de pessoas do círculo de amizade da arguida, uma vizinha mais íntima, a ausência de queixa, determina que a declaração da arguida, neste particular aspeto, seja uma simples manifestação verbal sem apoio em outros meios de prova. Aliás, o tribunal debateu-se com esta falta de corroboração de factos objetivos periféricos, ao dizer a fls. 674 que " por várias vezes, a arguida confidenciou a familiares e amigos, a degradação do relacionamento conjugal, sem pormenorizar todas as situações supra descritas". Mas então pergunta-se quais foram as situações que foram pormenorizadas e contadas aos amigos? Existe aqui claramente uma situação de vício de insuficiência da matéria de facto para a boa decisão da causa.

E) Ficou também assente como facto provado que: entretanto, as desavenças entre o casal eram frequentes e, em várias ocasiões, no decurso das discussões ocorridas no interior da habitação, o CC atingiu a arguida em várias partes do corpo, causando-lhe diversas lesões físicas. Por várias vezes, a arguida, recorreu ao Hospital para receber tratamento médico às lesões por ele causadas, como sucedeu em Março de 1995, por ter sido atingida no olho direito e em Março de 2000 no punho direito e cotovelo esquerdo, bem como em Fevereiro de 2006 por virtude de lesões na perna esquerda e em Dezembro de 2006 na mama direita (fls 672 do Acórdão e fls 368, 374, 387 e 388 do processo).

Em relação a esta matéria, o Tribunal baseou-se nas declarações prestadas pela arguida, nos registos clínicos e informação clínica de fls 366, 390, 396, bem como o depoimento da Dra. FF, médica psiquiátrica assistente da arguida à data dos factos.

Ora, a prova assente nos registos clínicos e nas informações clínicas, nada nos diz quem foi o autor de tais agressões, nem expressa que elas (agressões) se inseriram no âmbito de violência doméstica.

Por outro lado, as informações periciais médicas apenas confirmaram as lesões que a arguida apresentava naquela data. Será que as lesões eram e são compatíveis com uma queda?

Tal questão não ficou esclarecida no próprio acórdão. E quanto às declarações da própria médica (que veremos com mais pormenor em infra) elas resultaram do que a arguida lhe disse, e portanto um testemunho indireto.

E) Um aspeto importante é exatamente definir qual o valor a dar como meio de prova (proibido ou não) ao depoimento da testemunha Dra. FF.

- Desde logo qual o valor a dar ao "relatório" médico por si elaborado e remetido ao tribunal? Qual a natureza deste "relatório"?

Desde logo e em primeiro lugar tal "relatório" foi junto ao processo mas não lido na audiência de julgamento e portanto não poderia ser considerado como meio de prova e os factos aí constantes serem levados à matéria de facto considerada como provada. - art.º 355.º do CPP. Aliás o art.º 362.º, n.º 1, al. d) dispõe por sua vez que a ata da audiência contém "a identificação das testemunhas, dos peritos, dos consultores técnicos e dos intérpretes e a indicação de todas as provas produzidas em audiência". Com esta nota queremos referir apenas que a prova que não seja examinada em audiência, ou simplesmente lida, em conformidade com a exceção do n.º 2 do art.º 355, não deve valer para formar a convicção do tribunal. A falta de exame ou a leitura em audiência de todas as provas viola o contraditório na perspetiva referida de garantia objetiva, condição da regularidade do processo e não apenas como direito das "partes" e viola também o princípio da publicidade, enquanto meio de fiscalização e controle da função jurisdicional. Pode argumentar-se, como parece fazer-se, com o disposto no n.º 2 do art.º 355º, do CPP, ao dispensar do exame em audiência das "provas contidas em atos processuais cuja leitura em audiência seja permitida", mas parece-nos que o argumento não procede, porque, dispensada a produção ou exame da prova em audiência, aquele normativo não dispensa a leitura dos autos que contenham provas, dispensa é o seu exame. É nesse momento, da admissão da leitura, que o tribunal decidirá se a prova requerida é admissível ou proibida, manifestamente supérflua ou irrelevante, pois a nossa lei não prevê outro momento para que o tribunal decida sobre quais as provas admissíveis. Neste sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21-3-2007, acedido em

www.dgsi.pt. Nomeadamente a de saber se, nalguns casos em que a leitura é permitida, estamos perante " prova positiva" ou " prova negativa" (sobre o tema, e em geral, sobre o relativismo probatório, veja-se nomeadamente, FLUJA, Vicent C. Guzmán, in " Anticipación y Preconstituición de la Prueba en el Proceso Penal", Tirant Lo Blanch, Valência, 2006, p. 231 e ss.) e Leone, Giovanni, in " Diritto Processuale" 13.º ed., Jovene Editore, Nápoles, 1998, p. 456 e 457).

F) Quanto à natureza desse relatório sempre diremos o seguinte: as simples informações médicas que a cada passo encontramos nos processos, desacompanhadas do respetivo exame que as possam fundamentar, não equivalem a prova pericial, não se lhes podendo atribuir qualquer valor porque não passam de mera afirmação escrita sem qualquer alicerce, isto é sem a respetiva razão de ciência em moldes que permita o " controle" dessa conclusão. Por outro lado, se é certo que a prova pericial implica a realização de uma observação, de um exame, a verdade é que nem tudo o que é classificado como "exame" pode ser valorado nos moldes indicados no art.º 163º do CPP. Por sua vez, os relatórios médicos feitos fora do âmbito dos art.os 151, 152º, 153º, 154º, 157º a 160-A do CPP, ainda que envolvam a observação direta da pessoa examinada, não constituem prova pericial.

Portanto, todo o exame que for efetuado fora do âmbito do regime das perícias, não pode ser qualificado como prova pericial e, conseqüentemente, ficará sujeito á livre apreciação do tribunal (art.127.º do CPP)

Ora se assim é, e fixado o valor a este "relatório" produzido pela testemunha Dra. FF, sujeito à livre apreciação do tribunal nos termos do art.º 127º, importava primeiro: que a livre convicção se formasse pela apreciação das provas regularmente adquiridas no processo. Em segundo lugar essa liberdade para a objetividade, uma verdade que transcende a pura subjetividade e por isso se comunica aos outros, significa como ensinam Castanheira Neves e Figueiredo Dias, por um lado, que a exigência de objetividade é ela própria um princípio de direito, ainda no domínio da convicção probatória, e implica, por outro lado, que essa convicção só será válida se for fundamentada, já que de outro modo não poderá ser objetiva. Como se disse, a Dra. FF foi ouvida como testemunha e não na qualidade de perita. Assim sendo, o tribunal não obstante isso, a fls. 681 do referido Acórdão diz claramente que do depoimento da referida médica resultou demonstrado o diagnóstico de neurose obsessivo-compulsivo. Mas pergunta-se, a testemunha ao referir-se que a arguida sofria de tal doença não está a emitir um juízo técnico científico próprio de quem é ouvido na qualidade de perita que não na qualidade de testemunha?

Mais, a mesma "testemunha" serve para fundamentar o respetivo segmento do Acórdão a fls. 681 " reportando-se ao comportamento médico da arguida, a Dra. FF esclareceu que a doença do foro psiquiátrico de que a mesma padece não permite questionar sobre a veracidade dos relatos por ela feitos relativamente às situações de violência conjugal, não sendo característico desse tipo de doença a ideação ou imaginação de situações sem correspondência com a realidade. Nessa medida, tomou sempre por verdadeiros todos os episódios de violência relatados pela arguida " Ora, também neste depoimento a testemunha continua a fazer um juízo técnico e científico sobre a credibilidade do depoimento da arguida incompatível com o estatuto de testemunha e que nessa qualidade foi ouvida e não como perita.

Assim e relativamente a este ponto em concreto deve-se concluir da seguinte forma: Não valem como prova as declarações de pessoa arrolada como testemunha que, sendo médica, não tem conhecimento direto dos factos em julgamento, apenas se pronunciando sobre eles e nomeadamente sobre a eventual doença da arguida (neurose obsessivo-compulsiva) na qualidade de técnica, sem que tenha intervindo em qualquer perícia. Mais: se a arguida entendia que se tornava necessário " explicitar, complementar ou esclarecer os "relatórios" médicos os quais juntos aos autos, não foram lidos em audiência a fim de os poder contraditar, devia ter requerido uma perícia sobre a sua personalidade ou uma perícia psicológica e que os peritos fossem convocados para prestarem esclarecimentos complementares, em vez de indicar uma TESTEMUNHA, QUE, EM NOME DOS SEUS CONHECIMENTOS TÉCNICOS ESPECIAIS, QUIS DESEMPENHAR UMA FUNÇÃO QUE SÓ CABE AOS PERITOS.

G) Por fim e ainda relacionada com o depoimento da "testemunha" Dra. FF, coloca-se ainda a seguinte questão: na motivação, o Acórdão baseou a sua convicção no facto atinente ao relacionamento conjugal também ao depoimento da referida médica. No entanto quanto às alegadas agressões físicas, e todos os episódios de violência foram relatados pela arguida á dita médica que depôs como testemunha em tribunal. Ora a questão que se põe é exatamente saber se este depoimento é manifestamente um depoimento indireto na medida em que, relativamente ao mesmo, a referida testemunha não possui conhecimento direto, já que o seu conhecimento resultou do que ouviu dizer á arguida neste particular aspeto. Pergunta-se qual o valor deste depoimento?

H) Afigura-se-nos surtir a consequência de que em face do estatuto de arguido não é expectável que este sirva de "garante" (quer preste declarações quer se remeta ao silêncio) no que concerne à razão de ciência e credibilidade da testemunha de lhe ouvir-

dizer; nem que se estabeleça uma imediação efetiva da prova (já que aquele não é meio de prova nem é desinteressado); nem que se observe (sem fazer de conta) o princípio do contraditório.

Por conseguinte, entendemos que o disposto no art. 129.º do CPP se revela inaplicável, quer sob o ponto de vista jurídico quer sob o ponto de vista operativo, à admissibilidade de o arguido funcionar como "pessoa-fonte" relativamente a quem alguém diz ter ouvido certas afirmações. O que jamais quer dizer que o arguido esteja impedido de se pronunciar, enquanto tal, que sempre o poderá fazer (sobretudo, como ato de defesa).

Sendo inaplicável fica precluída a possibilidade de se utilizarem os depoimentos indiretos que reproduzam conversas com o arguido

I) Em relação à perícia médica ordenada pelo tribunal à arguida no sentido de a mesma se debruçar sobre a concreta questão da (in) imputabilidade a perita exorbitou o ordenado pelo tribunal conforme se alcança do relatório pericial junto aos autos. Na medida em que:

O relatório pericial ordenado pelo Tribunal e junto aos autos, também se refere que a arguida foi alvo de agressões físicas por parte da vítima.

Contudo tais factos foram relatados pela arguida à perita médica, neste segmento a perícia veicula a valoração da perita relativamente a um depoimento que ouviu da arguida. Ora, nesta parte, o relatório pericial de fls. 500, 503 e 504, não produz um juízo técnico ou científico, mas um juízo e avaliação pessoais da perita sobre um determinado depoimento que ouviu. Além de estarmos perante um depoimento indireto, pelas razões atrás expostas, este não é o meio adequado, de aportar ao processo prova testemunhal.

A admissibilidade da leitura integral do relatório pericial na audiência de julgamento, quando ela se verificar, os esclarecimentos sobre ele prestados pelo perito e as declarações dos visados sobre o que narraram ao perito não implicam, no entanto, a suscetibilidade da valoração desses elementos de prova em toda a sua extensão para efeitos de formação da convicção do tribunal uma vez que a isso obsta, desde logo, o disposto no n.º 4 do artigo 156º do Código de Processo Penal, disposição que estabelece uma clara proibição de prova.

Por isso se disse no acórdão proferido em 18 de Janeiro de 2006 (recurso n.º 7071/05) que as descrições dos factos feitas pelos visados perante os peritos que realizaram as perícias médico-legal e psicológica só podiam ser atendidas no âmbito de cada uma dessas perícias para aferir da sua congruência e não como elementos autónomos

valoráveis para a formação da convicção do Tribunal. O mesmo se diz agora quanto aos esclarecimentos da perita e as declarações da visada sobre o que narrou à perita.

Os relatos da examinada transcritos no relatório da perícia, os esclarecimentos sobre eles prestados pela perita e as declarações da visada sobre essa matéria não podem constituir «prova positiva» dos factos.

A isso obsta o disposto nos artigos 355º, 356º e 156º, n.º 4, do Código de Processo Penal.

I) O Acórdão recorrido não fez um exame crítico da prova. Senão vejamos:

Como é hoje ponto assente, a partir da reforma de 1998, entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1999, a fundamentação não se compadece com uma simples enumeração dos meios de prova utilizados, sendo necessária uma verdadeira reconstituição e análise crítica do iter que conduziu a considerar cada facto como provado ou não provado.

A questão tem sido bastas vezes aflorada e tratada em vários arestos, quer do Tribunal Constitucional, quer do STJ e das Relações.

No acórdão de 18-11-1998, processo nº 932/98~3a dizia-se: «Dos termos da lei resulta que não basta a simples indicação dos meios de prova produzidos em audiência de julgamento para que a ratio legis seja alcançada. Com efeito, não foi finalidade da lei processual penal o contentar-se, apenas, com a referência, seca, a declarações do arguido, a depoimentos de testemunhas, ou a certos documentos. Esta é a prova em abstrato, comum a todos os processos. É necessário algo mais». - cfr. ainda acórdãos do STJ de 12-05-1999, processo nº 406/99-33, de 15-03-2000, processo nº 16/00-3ª, in CJSTJ2000, T2, 226, de 30-01-2002, processo nº 3063/01, de 04-10-2006, processo nº 2324/06-33, de 08-02-2007, processo nº 28/07-53, de 28-02-2007, processo nº 3646/07-33, de 21-03-2007, processo nº 24/07-33, de 09-05-2007, processo nº 247/07-33, de 16-05-2007, processo nº 1395/07-3ª.

A fundamentação deve também abranger a convicção do tribunal, sendo a razão de ser da motivação garantia da legitimação da decisão.

O Tribunal Constitucional por diversas vezes cita Michele Taruffo (" Note sulla garanzia costituzionale della motivazione", in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LV, pp. 29 e segs.) - cfr. acórdãos nº 55/98, DR, II, de 28-05-1985, nº 135/99, DR, II, de 07-07-1999, nº 422/99, DR, II, de 29-11-1999 (este versando questão suscitada em embargos de executado) - a propósito das duas funções que a fundamentação cumpre:

a) Uma, de ordem endoprocessual, que visa essencialmente impor ao juiz um momento de verificação e controlo crítico da lógica da decisão, permitir às partes o recurso da decisão com perfeito conhecimento da situação e ainda colocar o tribunal de recurso em posição de exprimir, em termos mais seguros, um juízo concordante ou divergente;

b) Outra, de ordem extraprocessual, já não dirigida essencialmente às partes e ao juiz ad quem, que procura, acima de tudo, tornar possível um controlo externo e geral sobre a fundamentação factual, lógica e jurídica da decisão - que procura, dir-se-á por outras palavras, garantir a transparência do processo e da decisão.

A fundamentação da decisão judicial constitui um elemento indispensável para assegurar o efetivo exercício do direito ao recurso, que de forma explícita foi constitucionalmente garantido com o aditamento da parte final do n° 1 do art. 32° CRP, com a Lei Constitucional 1/97. Como assinala Michele Taruffo, a motivação da sentença é necessária com vista à impugnação, com o fim de tornar funcional a relação entre o primeiro e o segundo grau de jurisdição; não só as partes podem valorizar melhor a oportunidade da impugnação e individualizar os seus motivos específicos quando, através da motivação, conhecem as razões por que o juiz decidiu de certo modo, como ainda o juiz de recurso está em posição de formular melhor o seu juízo sobre a sentença impugnada quando conhece a argumentação de facto e de direito de que ela é resultado.

Constitui ainda fator de legitimação do poder jurisdicional, contribuindo para a congruência entre o exercício desse poder e a base sobre o qual repousa: o dever de dizer o direito no caso concreto, sendo garantia de respeito pelos princípios da legalidade, da independência do juiz e da imparcialidade das suas decisões - citado acórdão TC 680/98.

Por outro lado, a fundamentação não tem de ser uma espécie de assentada em que o tribunal reproduza os depoimentos das testemunhas ouvidas, ainda que de forma sintética, não sendo necessária uma referência discriminada a cada facto provado e não provado e nem sequer a cada arguido, havendo vários. O que tem de deixar claro, de modo a que seja possível a sua reconstituição, é o porquê da decisão tomada relativamente a cada facto - cfr acórdão do STJ, de 11-10-2000, processo n° 2253/2000-33, acórdãos do TC n° 102/99, DR, II, de 01-04-1999 e n° 59/2006, DR, II, de 13-04-2006.

Como foi referido nos acórdãos do TC n° 322/93, DR, II, de 29-10-1993 e n° 172/94, DR, II, de 19-07-1994, citados posteriormente nos acórdãos n° 102/99, DR, II, de 01-04-1999, n° 288/99, DR, II, de 22-10-1999, n° 258/01, DR, II, de 02-11-2001 e n° 232/02, DR, II, de 18-07-2002, a fundamentação da decisão há de permitir ao tribunal

superior uma avaliação segura e cabal do porquê da decisão e do processo lógico-mental que serviu de suporte ao respetivo conteúdo. É recorrente nestes acórdãos a citação de Taruffo de que a fundamentação da sentença há de permitir a transparência do processo e da decisão.

Atualmente não basta uma declaração genérica e tabelar que lesaria as garantias de defesa do arguido, por não assegurar a apreciação pelo tribunal de toda a matéria de acusação e de defesa, proporcionando julgamentos implícitos, subtraídos a qualquer tipo de fiscalização, afrontando as exigências de fundamentação das decisões judiciais - citado acórdão TC 288/99. Passou a ser imprescindível que a fundamentação, como base do juízo decisório, seja exteriorizada em termos de permitir desvelar o iter «cognoscitivo» e «valorativo» justificante da concreta decisão jurisdicional - acórdão TC nº 281/05, DR, II, de 06-07-2005.

Vejamos se o acórdão recorrido se exprimiu em consonância com os ditames do nº 2 do art. 374º do CPP, mais precisamente, se se mostra conforme a exigência legal expressa na lei.

Relembremos o que, no essencial, foi referido no acórdão. Desta formulação desde logo ressalta estarmos perante uma mera enunciação das "pièces à conviction", uma simples elencagem das fontes de prova, sem nada se adiantar ou esclarecer sobre a razão de ciência, para além do que naturalmente decorre dos laços familiares - reveladora do motivo da credibilidade e da valoração que face à mesma se confere ao depoimento - ou sobre a força da credibilidade, ou sua falta, dos depoimentos prestados, ficando-se sem saber como foi formada a convicção a respeito dos dados como provados maus tratos em relação à arguida, sendo certo que para além das declarações por ela prestados e dos registos clínicos - que não nos dizem quem foi o agressor e se as lesões o foram num quadro de violência doméstica e se as mesmas eram compatíveis com uma queda - fica-se sem conhecer as razões de convencimento do depoimento da filha EE, quanto às agressões à mãe já que sobre o que terá dito ou não dito nada absolutamente foi exposto, transmitido para o texto da decisão, apenas é referido de uma forma genérica a confirmação de um relacionamento conflituoso.

A simples referência à qualidade de filha é redutora, já que nada se diz sobre a razão de ciência no que tange às concretas situações ocorridas com sua mãe ao longo dos anos, o que terá presenciado, por quantas vezes, qual a natureza, extensão, intensidade, gravidade das agressões e suas consequências, se a irmã mais nova as presenciou ou não, etc. De igual forma o texto nada nos diz sobre o sentido, alcance ou abrangência do

declarado pela filha EE e se o mesmo, sendo convincente, em que medida o foi. Abordou o clima vivenciado ao longo dos anos, mas atribui tal comportamento ao zelo do pai no sentido de evitar que a mãe se alcoolizasse. E qual a razão de ciência e força de convencimento do depoimento da testemunha GG vizinho do casal que nunca presenciou qualquer conflito? E qual a razão de ciência para considerar que as testemunhas JA, MI, RS e JM não conheciam a realidade da convivência conjugal? E da testemunha MAP presenciou alguma agressão física? Sobre tudo isto o acórdão calou e nada disse.

Mal se compreende este silêncio face à extensa e pormenorizada narrativa, abarcando vivência conjugal e familiar ao longo de vários anos (!), fazendo-se uma retrospectiva desde os primórdios do matrimónio (concretização temporal registada por duas vezes no texto) e assinalando-se o agravamento da situação a partir de 1989, altura em que a arguida se incompatibilizou com a vítima. No entanto não se sabe a partir de que data a arguida passou a ingerir bebidas alcoólicas em maior abundância. Devendo a fundamentação da decisão sobre a matéria de facto constar da sentença (é pela análise do texto neste segmento que se poderá avaliar da existência dos vícios das alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 410.º do CPP) é manifesto que nada resolve remeter-se para as gravações áudio, cuja função é diversa.

A mera referência na motivação aos meios de prova produzidos nada diz sobre as provas perçecionadas e valoradas pelo tribunal como bastantes e seguras para formação da sua convicção.

Ademais é notória a falta de apreciação conjugada de todos os meios de prova, e o que é mais, a sua análise crítica, rotundamente ausente.

Mais, a fls. 681, o Acórdão objeto de recurso, na fundamentação da matéria provada, para justificar a veracidade dos relatos por ela (arguida) feitos relativamente às situações de violência conjugal, apoiou-se nas declarações da testemunha Dra. FF que esclareceu que a doença do foro psiquiátrico de que a mesma padece não permite questionar sobre a veracidade dos relatos por ela feitos, não sendo característico desse tipo de doença a ideação ou imaginação de situações sem correspondência com a realidade. Nessa medida, tomou sempre por verdadeiros todos os episódios de violência relatados pela arguida.

Em primeiro lugar, esse juízo de credibilidade exigia conhecimentos técnicos que o magistrado não tem, nem tem que ter. Devia socorrer-se de uma avaliação psicológica. Por outro lado, tal afirmação da testemunha, não desobrigava evidentemente o julgador de, por um lado só retirar desse depoimento o que considerar útil para a reconstituição

dos factos, e, por outro não o desobrigava de eventualmente não seguir o depoimento da testemunha nesse domínio, se para tanto tiver outros motivos, que não se inscrevam no círculo da razão de ciência manifestada pela testemunha. No entanto o texto da decisão nada nos diz á acerca da existência ou não desses motivos. Falta-nos também aqui o necessário exame crítico da prova. A razão de ser da formação da convicção do julgador.

Por último, a fls. 675, no tocante aos factos dados como provados, o Acórdão dá como provado que (...) Neste contexto, a arguida decidiu tirar a vida a CC e, com tal propósito, dirigiu-se à sala, para se munir do revólver, que sabia ali encontrar, pronto a disparar (...).

Mas, pergunta-se: Como é que a arguida sabia que a arma se encontrava pronta a disparar? Porque antes retirou o mecanismo de segurança da mesma? Ou era normal que a arma se encontrava naquela situação no interior da residência? Mesmo que na residência vivessem além da arguida e a vítima duas filhas menores? Mais uma vez do texto da decisão recorrida não se encontra resposta a tais perguntas. E tal situação não se restringe a uma hipótese meramente académica. Basta que se encontre verificada a primeira situação, ou seja, que previamente a arguida tivesse retirado o mecanismo de segurança para se configurar a conduta da arguida mais consentânea com uma pensada atuação criminosa a levá-la a cabo minutos depois.

Como refere Maia Costa, loc. cit., p.155, a análise crítica é o ponto nodal do processo probatório. Neste contexto, como ter a perceção do processo cognitivo-valorativo percorrido pelo douto coletivo para alcançar a verdade firmada, para mais num concreto caso, em que estavam em causa eventualmente factos graves praticados de forma reiterada ao longo de anos? Afigura-se, assim, que a fundamentação da convicção do tribunal «a quo» mostra-se parca e enxuta demais para as exigências legais em sede de fundamentação da decisão sobre a matéria de facto, por se traduzir numa declaração genérica, que se restringe praticamente a um mero enunciado das fontes, sem efetuar a necessária análise crítica das provas, de forma a deixar claro o porquê da decisão relativa ao assentamento do acervo factológico fundamentador da decisão final condenatória.

Com a introdução da exigência do exame crítico das provas não é mais suficiente o referir-se aquilo em que o tribunal se baseou, tornando-se necessário saber o porquê, a razão de ser da formação da convicção do julgador.

Resulta do exposto que nesta parte o acórdão recorrido não cumpriu a injunção legal de fundamentação preconizada no n° 2 do artigo 374° do CPP, que a fundamentação não é completa, não se vislumbrando qualquer aptidão comunicativa ou

compreensividade do decidido, o que conduz à nulidade da decisão, nos termos do art 379º, alínea a) do CPP.

Foram violados os artigos: 129.º, 163.º, 355.º, 374.º, n.º 2 e 379.º, a) todos do CPP.”

Respondeu o Mº Pº dizendo em conclusão:

“1 — O assistente tem legitimidade para a interposição de recurso de impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto, ainda que desacompanhado do Ministério Público, quando a decisão proferida sobre a matéria de facto lhe diz diretamente respeito.

2 — O Acórdão encontra-se suficientemente fundamentado quanto à matéria de facto, tendo sido cumpridas as disposições contidas no art. 374º, nº 2 do Código de Processo Penal.

Vossas Excelências farão a costumada Justiça.”

Respondeu a seu turno a arguida concluindo:

“1. A Assistente carece de legitimidade e de interesse em agir relativamente ao recurso apresentado, o qual não acompanha qualquer recurso do Ministério Público.

2. Pois não lhe estão conferidos quaisquer poderes representativos de suas netas, a EE por ter 19 anos.

4. E a irmã AB, menor de 7 anos à data do óbito, por ter a sua guarda e cuidados a cargo dos avós maternos conforme decisão transitada em julgado proferida no Processo de Promoção e Proteção nº 546/07.0 TMBRG da 1ª Secção do Tribunal de Família e de Menores de Braga.

5. Acresce que os interesses que a Assistente invoca pretender tutelar, além de lhe não corresponderem mas sim a terceiros, em nada carecem do provimento do recurso a que se responde, já que a sua eventual ocorrência (indignidade sucessória e inibição ou limitação do poder paternal pela Arguida) não podem ser discutidos senão nas jurisdições próprias,

6. E podem ocorrer em consequência da condenação já proferida contra a Arguida em 1ª instância por homicídio simples.

7. É, pelo exposto, inexistente o interesse concreto e próprio da Assistente no provimento do recurso,

8. Não se podendo considerar que a decisão em crise a prejudique ou contra ele tenha sido proferida.

9. Tanto mais que a Assistente, podia e devia ter acusado ou meramente aderido à acusação pública, o que não aconteceu por sua vontade exclusiva,

10. Pelo que está inibida de recorrer de per si, subordinando a sua atuação à do Ministério Público,

11. O qual, à semelhança da Arguida, não interpôs recurso contra o acórdão do tribunal "a quo",

12. Procurando a Assistente transformar com o seu impulso processual o processo penal num processo de partes, numa modalidade de "acerto de contas" judicial,

13. Que viola o Princípio da oficiosidade da acusação, o estatuto processual do assistente bem como as normas contidas nos arts. 48º, 68º, 1, alienas a) e d), 69º n.ºs 1 e 2 aliena c) e 401º n.º 1 alínea b) do Código de Processo Penal.

14. Acresce que por terem acatado rigorosamente todas as regras de produção, apresentação e valoração de prova não merece qualquer crítica os fundamentos da matéria de facto (traduzida em depoimentos e documentos) fundamentadores da decisão do douto tribunal "a quo".

TERMOS EM QUE,

Deve ser rejeitado o recurso da Assistente, por falta de legitimidade e de interesse em agir desta ou, em alternativa, considerá-lo improcedente, com o que será feita a habitual Justiça.”

Já no Tribunal da Relação de Guimarães o Mº Pº emitiu parecer douto terminando com as afirmações seguintes:

“ (...) Daqui decorre que, ao contrário do que alega a assistente, com a decisão condenatória que vem proferida, já se mostram acautelados os possíveis efeitos de ordem sucessória e de direito de família, pelo que lhe falece um concreto interesse em agir.

Nestes termos, por carência de legitimidade e interesse em agir, impõe-se concluir que a assistente não pode recorrer do acórdão «sub judicio» ut CPP 401”, pelo que o recurso não deveria, sequer, ter sido admitido e tendo-o sido, tal decisão não vincula esta Relação - ut CPP 414º, n.ºs 2 e 3.

Somos assim, de parecer que na procedência da questão prévia, o recurso deve ser rejeitado - ut CPP 420º, n.º 1 alínea b).”

C – DECISÃO RECORRIDA

Transcreve-se a seguinte passagem da decisão recorrida:

“Isto posto, vejamos o caso dos autos.

A assistente numa quase contestação por antecipação começa na sua motivação (e transcreve de seguida para as conclusões) por procurar fundar a sua legitimidade.

Mas sem razão como se verá.

Tal como bem referido no douto parecer do Exm^o Procurador-Geral Adjunto a admissibilidade de um recurso (penal) depende da co-verificação dos requisitos da legitimidade e do interesse em agir.

In casu a ora agora assistente não deduziu acusação autónoma pelos factos objeto do processo, nem sequer aderiu á acusação pública de págs.208-216, vindo, de resto, a peticionar a sua constituição como assistente apenas em momento 09.01.2008 oito dias antes do início do julgamento (cf fls 342), tendo de resto sido admitida como assistente já no início da Ia sessão de audiência e julgamento. _.

O acórdão que ora pretende por em causa concedeu plena procedência à acusação pública pelo que, e uma vez que a intervenção a assistente processual, para além do acompanhamento da audiência, se limitou até ao presente recurso, não se vê como possa tal acórdão ser decisão que a afete.

A assistente não está assim dotada da necessária legitimidade para recorrer, o que já bastaria para se concluir pela impossibilidade de admissão *in casu* do recurso.

Mas, ao contrário do que pretende sagazmente mas sem êxito demonstrar, carece igualmente de um concreto e próprio interesse em agir.

Com efeito, aquele consiste na necessidade de utilização do meio impugnatório que é o recurso, para defender um direito do recorrente carecido pois de tutela judiciária.

Invoca a assistente que atua em representação das netas, filhas menores da arguida e da vítima, e assim o interesse destas em agir adviria da circunstância da condenação da arguida podem resultar efeitos patrimoniais a nível sucessório - a arguida poderá ser privada da sua capacidade sucessória (art 2034^o, ai. a) do Código Civil) - e a nível de direito de família a condenação da arguida poderia conduzir á inibição ou limitação do exercício do poder paternal (art. 1915^o do Código Civil).

Mas com a decisão condenatória de que discorda, já se mostram de todo acautelados os invocados efeitos de ordem sucessória e de direito de família, pelo que lhe falece um concreto interesse em agir.

Nestes termos, por carência de legitimidade e interesse em agir, impõe-se igualmente concluir que a assistente não pode recorrer pois o direito que a assistente em representação da sua neta menor pretende assegurar (alegadamente e tanto quanto os autos indiciam só uma das netas que pretende representar é menor), já se encontra perfeitamente assegurado com a arguida condenada na pena de nove anos de prisão.

E nem cabe aqui questionar de tal medida da pena porquanto desde logo a assistente autolimitou o recurso á matéria de facto.

Por outro lado da decisão não recorreram nem a arguida nem o Ministério Público e como é bem sabido, o STJ, no Acórdão nº8/99, de 30.10.97 in DR - P Série - A, de 10.08.99 fixou jurisprudência no sentido de que o assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir.

Quanto à interpretação a dar ao "concreto e próprio interesse em agir", escreve-se aí: o processo penal não pode ser entendido como um corpo fechado em que as suas decisões não importem reflexos noutros campos de direito que não os estritamente penais (reflexos a manifestarem-se no próprio processo em curso, mas em matéria não penal, ou em processo de outra natureza). (...) Se a discordância deriva de causa que afetou o interesse do assistente e em razão da qual se possa achar vencido, tem este interesse em agir, pelo que pode recorrer. (...) este interesse em agir tem de ser concreto e próprio, pelo que é insuficiente se o tribunal, concluindo que se não está face a um mero desejo de vindicta privada, nada mais encontrar.

No caso em apreço, qualquer alteração da pena reflete-se estritamente na área penal, ou seja, no jus puniendi do Estado, ao qual aquela é alheia (note-se que o Ministério Público se conformou com a decisão).

Daí que nesta parte careça de legitimidade para recorrer, por falta de interesse em agir.

E, em consequência, não se poderá conhecer do alegado erro de julgamento dos factos acima elencados nem da invocada pecha do acórdão por falta de exame crítico da prova.

De todo o modo sempre se dirá que não sofre a sentença de nenhum dos vícios invocados.

-quanto ao erro de julgamento, e mesmo numa análise perfunctória, ressalta de imediato que a prova foi livremente apreciada por quem de direito (o tribunal a quo),

sendo insindicável tal apreciação pois nada se encontra que imponha (cf. redação do artº412º,nº3 ai b) do CPP) decisão diversa.

Para além disso e ao contrário do que parece ser o entendimento da assistente, conhecer de facto não significa fazer um novo julgamento ex novo, pois não cabe ao tribunal ad quem fazer novos julgamentos, mas sim julgar apenas se o tribunal a quo julgou bem ou mal.

A função do tribunal de recurso não é procurar uma nova convicção mas antes e apenas reapreciar os aspetos da matéria de facto relativamente aos quais seja apontado erro de julgamento na 1ª instância, até porque a garantia do duplo grau de jurisdição não pode subverter o princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artº127ºdoC.P.P..

É de notar que como ensina Figueiredo Dias (Direito Processual Penal - Vol. I - 1974, pág.204) a razão por que se acredita num depoimento é muitas vezes racionalmente inexplicável, razão pela qual se afirma que a decisão do juiz é também uma convicção pessoal, embora não arbitrária, pois tem que indicar os fundamentos suficientes para que através das regras da ciência, da lógica e da experiência se possa controlar a razoabilidade da convicção.

Na 2ª Instância os juízes não têm à sua frente a testemunha, não a ouvem, não veem as suas reações, a forma como é feito o interrogatório, o sentido e entoação dado às frases e o ambiente que a rodeia (oralidade e imediação). Por isso, o tribunal da 1ª Instância está em melhor posição para aquilatar da sua credibilidade.

Considera a recorrente ter havido erro de julgamento, ter sido mal julgada a matéria acima referida e para tanto baseia-se no essencial que tais factos não se podem ter como provados com base no essencial em um único depoimento.

Mas não podem porquê? Desde que o tribunal demonstre (como fez) porque acreditou nesse depoimento, pode e deve dá-lo como provado -quanto á pretensa falta de exame crítico da prova, tal argumento não resiste á simples leitura da motivação de facto acima transcrita.

Como em tal matéria a nossa concordância é total, resta aplaudir a concisão e precisão do acima transcrito, pelo que também nesta parte o recurso teria de improceder, demonstrada que está a bondade intrínseca da decisão recorrida.

DECISÃO:

Pelo exposto, e nos termos supra explanados, acordam os Juízes deste Tribunal da Relação em considerar improcedente o recurso interposto pela assistente.”

D – RECURSO PARA O S.T.J.

A assistente concluiu assim:

“a) O assistente pode, recorrer da espécie e/ou da medida da pena se a decisão tiver sido contra ele proferida e se tiver interesse em agir;

b) O que ocorre quando se dá à questão do quantum ou da espécie da pena uma resposta contrária a pretensões fundadamente manifestadas pelo assistente durante o processo e quando essa resposta ofendeu de uma forma não insignificante o seu interesse na determinação de uma solução para o agente que considera justa;

c) Tal afirmação supõe que o assistente tem expectativas próprias relativamente àquela que é a posição justa e que a lei quis - na medida do possível e com todas as limitações inerentes à prossecução das principais finalidades da justiça penal - permitir a defesa de tais expectativas no processo;

d) Nenhuma outra solução parece coerente com o sentido que o legislador processual penal português atribuiu a conformação do sujeito processual assistente, a quem foi reconhecido o poder de contribuir no sentido de condicionar a resposta à questão pena;

e) E não se diga que, por esta via, se põe em causa o exercício do ius puniendi estadual, dando-se eco a desejos de vingança privada: por um lado, quando o assistente recorrer da medida e/ou da espécie da pena, sabe que pode ter ou não ter sucesso (e que não deverá ter quando as suas pretensões forem mesquinhas, infundadas ou insignificantes), suportando as desvantagens inerentes a esta hipótese; por outro lado, sempre a decisão sobre a matéria da pena caberá exclusivamente a um tribunal - o tribunal ad quem -, que a decidirá, como deve e com a limitação imposta pela culpa, em função de considerações exclusivamente atinentes a finalidades (preventivas) da pena;

f) A não se entender assim, a interpretação feita pelo Acórdão recorrido, quanto a privar (por falta de legitimidade) o assistente de interpor recurso, é inconstitucional por violar claramente o art.º 32.º, n.º 7 da C.R.P;

g) Dado que,

1 - A remissão para a lei, constante do n.º 7 do art.º 32.º, sendo compreensível, tendo em conta a particular ordenação do processo penal e as suas características, não pode ser interpretada como permitindo privar o ofendido daqueles poderes processuais que se revelam decisivos para a defesa dos seus interesses - o poder de acusar e o poder de recorrer de sentença absolutória ou da sentença que entenda não fazer atuar o poder primitivo do Estado de forma minimamente satisfatória.

2 - O Tribunal recorrido ao condicionar o recurso do assistente, para além de ter legitimidade, exigir a demonstração de um concreto e próprio interesse em agir, quando, estejam em causa crimes, contra a integridade física e nomeadamente à vida, desacompanhado do M.P., afeta o núcleo essencial da intervenção do ofendido no processo pena! e coloca em crise o direito ao recurso por parte do assistente;

h) Por último, apesar do tribunal recorrido ter concluído que o assistente carecia de legitimidade para recorrer, por falta de interesse em agir, pronunciou-se sobre os indicados vícios alegados no recurso;

i) Só que o fez quanto à falta de exame crítico da prova - com esta singela pela frase "Quanto à pretensa falta de exame crítico da prova, tal argumento não resiste à simples leitura da motivação de facto acima transcrito. Como em tal matéria a nossa concordância é total, resta aplaudir a concisão e precisão do acima transcrito, pelo que também nesta parte o recurso teria de improceder."

j) Tal interpretação do artº 428.º, n.º 1 do C.P.P., em que o tribunal de 2.ª Instância se limita a afirmar "que os dados objetivos indicados na fundamentação da sentença objeto de recurso foram colhidos na prova produzida, transcrita nos autos" foi julgado inconstitucional por Acórdão do T.C. n.º 116/07 de 16.2.2007, pois entendeu também o S.T.J., que o tribunal de 2.ª Instância tem que ir à "procura" da sua "própria cognição", neste sentido, o Ac. do S.T.J. de 15.10.2008, cujo relator foi o Exmo. Conselheiro Henriques Gaspar, acedido em www.dgsi.pt.

Foram violados os artigos 69.º, n.º 1 e n.º 2, 401.º, n.º 2, ai. b) e n.º 3 do C.P.P., art.º 32.º, n.º 7 da C.R.P.”

O Mº Pº concluiu do modo que se segue:

“1.º A arguida AA foi condenada pela prática do crime de homicídio (art. 131.º do CP) na pena de 9 anos de prisão.

2.º Este Tribunal da Relação, por acórdão de 24/11/2008, julgou improcedente o recurso interposto pela assistente.

3.º Não se conformando interpôs recurso, novamente, a assistente agora para o Supremo Tribunal de Justiça.

4.º A recorrente não deduziu qualquer acusação autónoma, nem sequer aderiu à acusação pública.

5.º O MP conformou-se com as respetivas decisões, não tendo, por isso interposto qualquer recurso.

6º De acordo com assento do STJ n.º 8/99 «O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir».

7.º O aresto em crise não foi proferido (nem diretamente a afetou) contra a assistente.

A assistente não tem legitimidade para recorrer

Pelo exposto deve ser julgado improcedente o recurso.”

O Mº Pº junto deste S.T.J. emitiu duto parecer em que se pronunciou, por um lado pela legitimidade e interesse em agir da assistente, e, por outro, pela procedência do recurso por si interposto.

Colhidos os vistos foram os autos a conferência.

E – APRECIACÃO

A questão primeira que cumpre conhecer, e que se desenha como questão prévia, prende-se com a verificação ou não dos pressupostos processuais, da legitimidade e do interesse em agir da assistente, ao interpor o recurso que interpôs para o Tribunal da Relação de Guimarães. Este, na decisão recorrida, negou a verificação desses pressupostos. Porém, não só conheceu, apesar de tudo, da pretensão recursória da assistente, como acabou, a final, por decidir não rejeitar o recurso, considerando-o improcedente.

Começamos por ver a questão da legitimidade da assistente para recorrer.

1. - O princípio da oficialidade, que domina o nosso processo penal, faz do Mº Pº o detentor da ação penal, assumindo a queixa, ou a constituição de assistente e a dedução de acusação particular, a natureza de condições de procedibilidade, nos casos em que são exigidas para que haja procedimento criminal.

Por outro lado, a realização dos fins das penas é de interesse público, e está ao serviço, mesmo no caso dos crimes semi-públicos e particulares, de toda a comunidade. Não é uma pretensão que se identifique só ou prevalentemente com o interesse da vítima, do ofendido, ou de quem os represente. Daí que, desse carácter público do “jus puniendi”, se tenha que fazer eco o próprio processo penal.

Como nos diz Germano Marques da Silva, “Relativamente aos crimes públicos [é o caso dos autos] e semi-públicos, a posição do assistente é claramente a de colaborador do Ministério Público já que os poderes processuais de que dispõe se traduzem em formas

de auxílio direto ao MP, no inquérito, e na submissão ao tribunal de uma outra perspectiva fáctica ou jurídica do objeto do processo e participação na discussão, no debate instrutório, no julgamento e nos recursos, o que tudo significa ainda uma colaboração indireta na busca da solução justa para o caso” (in “Curso de Processo Penal” pág. 331).

1. 1. - Ao que dito fica não obsta que o nosso sistema tenha integrado uma componente acusatória particular, através do assistente, mas que surge necessariamente numa posição subordinada em relação ao Mº Pº, e é apresentado como colaborador deste. Ou seja, como auxiliar do Mº Pº, na prossecução das finalidades que compete a este levar por diante, sob pena de se postergar o princípio da oficialidade acima invocado.

É o que consagra o artº 69º do C.P.P. no seu nº 1, prevenindo-se aí, porém, que estão contempladas na lei situações pontuais, em que o assistente pode atuar com autonomia em relação ao Mº Pº. É o caso da hipótese da al. c) do nº 2 do preceito, em que se permite a interposição de recurso por parte do assistente, desacompanhado do Mº Pº, das decisões que o afetem.

Interessa então saber quando é que uma decisão “afeta” o assistente.

O artº 401º nº 1 al b) do mesmo Código confere legitimidade para recorrer aos assistentes, “das decisões contra eles proferidas”, o que nos leva, do mesmo modo, a averiguar quando é que uma decisão é proferida “contra” o assistente.

Ora, não podemos deixar de concordar com o autor citado, ao referir o mesmo, que “As decisões afetam ou são proferidas contra o assistente quando são contrárias às pretensões por ele sustentadas no processo. Não se trata de afetar ou contrariar interesses pessoais, pois que os interesses dirimidos no processo penal são essencialmente públicos, mas contrários às posições processuais sustentadas pelos assistentes” (obra citada pág. 342).

Diga-se, até, que essas posições podem ter que ver com a espécie e medida da pena, de tal modo que, só à luz do artº 69º nº 2 al c), do C.P.P., e em termos de legitimidade estrita, nada impediria que o assistente pudesse recorrer, desacompanhado, só nesse âmbito. Na verdade, considerada a escolha da espécie e medida da pena uma tarefa do juiz, sindicável como outras, ela constitui uma questão de direito sobre a qual se podem defender posições divergentes. Daí que o recurso do assistente não tenha que se reduzir aí, necessariamente, a expressões de rancor ou de ódio, ou a um desejo de vingança, antes possa ser encarado como contributo conformador do direito, útil, na tarefa de se encontrar a solução mais justa para o caso. Adiante-se no entanto, e desde já, que o contributo para

esclarecimento de uma questão de direito que o assistente pode dar, não se confunde com a titularidade, de um direito seu, à pena justa.

1. 2. - O Mº Pº deduziu acusação a 25/10/2007 (fls. 213), imputando à arguida o crime de homicídio qualificado dos artºs 131º 132º nºs 1 e 2 al b), h) e j) do C. P., na atual redação, tendo em conta a censurabilidade decorrente, ao que se pensa, de o crime ter sido praticado contra o cônjuge, de ter sido utilizado “meio particularmente perigoso”, e de ter sido cometido “com frieza de ânimo”.

A assistente passou procuração ao seu representante forense a 11 de Janeiro de 2008 (fls. 346). Assinou-a, a rogo, Armando Alvelos da Fonseca, por a assistente o não saber fazer, e lhe ter conferido poderes para tanto, em documento notarial de 20 de Dezembro de 2007 (fls. 347). A 17 de Janeiro de 2008 a assistente foi como tal admitida nos autos, já durante a audiência de julgamento (fls.401). Requereu a audição de seis testemunhas que arrolou, invocando o artº 340º nº 1 do C.P.P., o que foi deferido.

A assistente refere na sua motivação que “Durante o processo bateu-se pela condenação da arguida pela prática de um crime de homicídio qualificado. Nas suas alegações, manteve e reiterou a defesa da tese de homicídio qualificado” (fls. 956).

É evidente que as atribuições conferidas aos assistentes só podem ser exercidas em correlação com a fase do processo em que são admitidos a intervir. Podem ser admitidos até cinco dias antes da audiência de julgamento [al a) do nº 3 do artº 68º do C.P.P.] aceitando o processo no estado em que se encontrar. Por isso, o facto de a assistente dos autos não ter deduzido ela mesma acusação, ou de não constar do processo documento de que decorra explicitamente, que se conformou com a acusação deduzida pelo MºPº, é irrelevante (vide, v.g. Ac. deste S.T.J. 28/4/2004, Pº 4230/04 – 3ª Secção).

A assistente defendeu em audiência a condenação por crime de homicídio qualificado, como aliás tinha que fazer, em virtude da sua subordinação ao MºPº. O modo como o fez ficou gravado, as gravações integram-se na ata da audiência de julgamento, e tanto basta para que se possa constatar, que a assistente defendeu uma determinada posição no processo e a decisão proferida não a acolheu. Daí a sua legitimidade para recorrer.

Passemos à abordagem do interesse em agir da assistente.

2. – O artº 401º do C.P.P. refere-se, no seu nº 1, à legitimidade dos vários sujeitos processuais para recorrer (excetuado evidentemente o juiz), e, no seu nº 2, distingue esta

legitimidade do interesse em agir. Afirmar então que “Não pode recorrer quem não tiver interesse em agir”.

A propósito deste normativo, o Acórdão 9/99 do Pleno deste S.T.J., de 30/10/97 (D.R. II Série-A de 10/8/99), considerou que “O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir”. Cumpre desde já advertir, por um lado, que a assistente só recorreu explicitamente quanto à matéria de facto, o que, pelo menos aparentemente, afasta o caso dos autos do âmbito do assento. Por outro lado, não pode evidentemente extrair-se desse assento, *a contrario*, que haveria sempre interesse em agir, não estando em causa a espécie e medida da pena. A distinção entre os dois pressupostos processuais já tem sido esclarecida em inúmeros acórdãos deste S.T.J..

Como se disse no acórdão de 7/12/1999 (Pº 1098/99 – 3ª Secção),

“O interesse processual ou interesse em agir é definido, em termos de processo civil, como a necessidade do processo para o demandante, em virtude de o seu direito estar carecido de tutela judicial. Há um interesse do demandante não já no objeto do processo (legitimidade), mas no próprio processo. Em termos de recurso em processo penal tem interesse em agir quem tiver necessidade deste meio de impugnação para defender o seu direito.”

Ou, como decorre do acórdão de 18/10/2000 (Pº 2116/2000 – 3ª Secção),

“A legitimidade consubstancia-se na posição de um sujeito processual face a determinada decisão proferida no processo, justificativa da possibilidade de a impugnar, através de um dos recursos tipificados na lei. Trata-se de uma posição subjetiva perante o processo, que é avaliada *a priori*. Outra coisa é o interesse em agir, que consiste na necessidade de apelo aos tribunais para acautelamento de um direito ameaçado que precisa de tutela e só por essa via logra obtê-la. Portanto, o interesse em agir radica na utilidade e imprescindibilidade do recurso aos meios judiciais para assegurar um direito em perigo. Trata-se portanto de uma posição objetiva perante o processo que é ajuizada *a posteriori*.”

Enquanto que a legitimidade do assistente se avalia para efeito de recurso, à partida, face ao seu posicionamento no processo perante a decisão proferida, assumindo pois um carácter mais subjetivo e formal, o interesse em agir resultará da análise da pretensão do recorrente, em concreto, quando confrontada com a respetiva necessidade ou indispensabilidade para fazer vingar um direito ou interesse seu. Em matéria de

legitimidade averiguamos quem pode recorrer, e no domínio do interesse em agir apreciamos que interesse tem a pessoa que pode recorrer em interpor aquele concreto recurso. É dizer, averiguamos se o interesse prosseguido pelo assistente é atendível para o efeito, tendo em conta o estatuto processual do assistente e, no limite, aquilo que se pretende com a punição.

A jurisprudência não tem, a este respeito, sido uniforme, e pode na verdade exigir-se, numa posição mais restritiva, que o assistente tem que demonstrar que só através do recurso assegura a tutela de um direito subjetivo seu. No extremo oposto estarão todos quantos entendem que a simples discordância do assistente em relação à justiça da decisão lhe atribui a possibilidade de recorrer. A nosso ver, a solução deverá situar-se, partindo da análise do caso concreto, num campo em que se evite a transposição pura e simples, para o domínio penal, da doutrina civilística dos pressupostos processuais, mas obviando também à subversão do princípio da oficialidade do processo penal e do papel do M^oP^o. Ora, o sancionamento penal dos delinquentes satisfaz um interesse coletivo que compete ao M^oP^o prosseguir. Não existe um direito pessoal público do assistente a uma certa punição, como única forma de reparação moral sua, de tal modo que lhe fosse permitido exigir determinada prestação do tribunal na satisfação desse desiderato. Prestação que se cifraria numa decisão, em que se considerassem provados certos factos, que implicassem certa qualificação, e a aplicação de certa pena.

Se a punição do arguido está dominada por um interesse público, não pode competir ao assistente ser ele o intérprete do interesse coletivo, designadamente se conflitar com a posição assumida a esse respeito pelo M^oP^o. No que contende com o cerne do jus puniendi do Estado, o assistente não pode pois deixar de estar subordinado ao M^oP^o.

Daí que, sempre que o assistente pretenda recorrer desacompanhado do M^oP^o, não interesse tanto discriminar as situações em que terá um interesse em agir relevante (na linha do assento, concreto e pessoal), mas tão só excluir da possibilidade de recurso aquelas situações em que o assistente (que nestes autos nem sequer foi vítima do crime), se confina ao interesse geral da justiça da punição do delinquente, porque esse é um interesse coletivo, e não pessoal, seu.

No caso em apreço, a partir da condenação da arguida em primeira instância, o M^oP^o conformou-se com o tratamento dado pelo tribunal à questão penal que lhe foi submetida, e por isso não recorreu. Não se vê, pois, que direito do assistente lhe permite

recorrer da decisão, se o seu objetivo for a respetiva substituição, por aquela que, a seu ver, é a decisão penal justa.

2. 1. – Mas será que a assistente tem interesse em agir, aqui em recorrer da decisão do coletivo de Braga, para defender um direito que nada tenha a ver com a justiça penal do caso em concreto? Não vemos que direito possa ser, apesar da assistente ter invocado a indignidade sucessória da arguida, prevista na al. a) do artº 2034º do C.C., e da inibição do exercício das responsabilidades parentais, do artº 1915º, nº 1 do mesmo C.C..

Na abordagem destas questões temos que ter em conta o decidido na sentença de primeira instância.

Recorde-se que o coletivo da 1ª instância afastou, e bem, a qualificativa da atual al. b) do nº 2 do artº 132º do C.P., por ser circunstância não contemplada explicitamente, na redação do preceito à data dos factos. Também afastou a qualificativa da al. h), por ter considerado a arma utilizada um meio não especialmente perigoso, antes um instrumento simplesmente idóneo e normalmente usado para matar. Ainda afastou a referência à al. j), por se ter provado que a ação de matar a vítima sucedeu, imediatamente, a uma discussão entre a arguida e o marido, em que aquela, aliás, havia sido humilhada, mais uma vez, por este.

Foi dado por provado que a vítima e marido da assistente, a tinha violado (coito anal) um ano e meio depois do casamento, que há mais de vinte anos a submetia a maus tratos, incluindo agressões físicas e humilhações, que a arguida padecia de neurose obsessiva compulsiva, ansiedade, alcoolismo crónico e depressão.

A assistente não tocou na espécie e medida da pena, no seu recurso, e resolveu recorrer de facto. Invocou, por um lado, a falta de fundamento probatório da aludida violação e dos maus tratos, e por outro a falta de exame crítico da prova, o que implicaria omissão de pronúncia.

O fundamento da convicção formada em primeira instância repousou, quanto àqueles aspetos, nas declarações da própria arguida (atestando a médica psiquiatra que a acompanhava à data dos factos que a doença de que padecia não origina fabulações, pelo que nunca duvidou da veracidade dos relatos), do depoimento da filha maior Filipa Manuela, dos registos e informações clínicas, de depoimentos de vizinhos.

Procedendo o recurso da assistente, a revisão da matéria de facto abriria a porta, supostamente, a uma qualificação do homicídio, e à aplicação de uma pena mais severa.

Ora, mesmo admitindo que esse fosse o resultado, muito improvável aliás, de um novo julgamento de facto, não se vê em que medida é que essa alteração na condenação se mostraria necessária, para a assistente fazer vingar um direito seu.

Quanto á pretensão de a assistente se arvorar em representante dos interesses das netas, dir-se-á o seguinte:

I- A legitimidade para a assistente se constituir, como tal, nos autos, satisfaz-se com o facto de ser ascendente da vítima (artº 68º nº 1 al c) do C.P.P.), e não implica que esteja investida de poderes de representação das netas em qualquer foro.

II - Ao invocar o zelo pelo interesse das netas, não pode esquecer-se (ao contrário do que fez a assistente) que uma delas era, e é, maior.

III - Está junto aos autos certidão de processo tutelar, relativo à filha menor da arguida (fls. 878), de que resulta que essa filha foi viver com a irmã para casa dos avós maternos, e não da assistente, avó paterna, ficando aqueles avós maternos responsáveis pela saúde e educação da menor, e um tio paterno investido na qualidade de encarregado de educação.

IV - A incapacidade sucessória por indignidade, da al. a) do artº 2034º do C.C., depende apenas da condenação por homicídio doloso do herdeiro, aqui a arguida. Essa condenação já foi proferida.

V - A inibição do exercício das responsabilidades parentais do artº 1915º, nº 1 do C.C., dependeria de a arguida não se mostrar em condições de cumprir os deveres para com a filha menor, “por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões”.

A condenação por homicídio qualificado não faria, sem mais, com que a arguida fosse considerada mais inexperiente, mais doente, mais ausente ou por outra qualquer razão mais falha de condições para cumprir deveres parentais.

Por todo o exposto se considera que, no caso, a assistente carece de interesse em agir para interpor o recurso que interpôs para o Tribunal da Relação de Guimarães, e deveria o mesmo ter sido aí rejeitado, de acordo com o artº 420º nº 1 al b) e 414º nº 2, (inciso “quando o recorrente não tiver as condições necessárias para recorrer”), do C.P.P.. Da rejeição em causa deriva a impossibilidade do conhecimento da pretensão da assistente, quanto a matéria de facto.

F – DECISÃO

Tudo visto e ponderado se decide em conferência, neste S.T.J. e 5ª Secção:

- Confirmar o acórdão recorrido, na parte em que considerou faltar à assistente “interesse em recorrer”
- Não conhecer, no mais, do recurso da assistente, e designadamente na parte em que impugna a decisão da Relação quanto à apreciação nela feita, ex abundanti, a respeito da alegada «falta de exame crítico da prova», sendo certo que o recurso o interposto para a Relação deveria, em bom rigor, ter sido rejeitado por «falta de interesse em agir».
- Condenar a assistente na taxa de justiça de 7 UC.

Lisboa, 7 de Maio de 2009

Souto de Moura (Relator)

Soares Ramos (*“Vencido quanto ao não reconhecimento do interesse em recorrer, por parte da assistente, a quem julgo não dever impedir-se o propósito individual de pugnar pela qualificação do crime e até pela própria inibição do poder paternal, em desfavor da arguida”*)

Carmona da Mota (*“Votei o acórdão, desempatando a favor da posição do Exmo. Relator. Não propriamente porque a requalificação dos factos não «afete» a assistente (de modo a retirar-lhe – como lhe retirará – o interesse em recorrer). Mas porque o fundamento (de facto) do recurso da assistente para a Relação (circunscrito à defesa da boa-memória do seu falecido filho) é estranho às circunstâncias qualificativas (relação conjugal; especial perigosidade da arma; frieza de ânimo) que, constantes da acusação pública, o tribunal coletivo acabou por afastar”*)